

PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

M^a VICTORIA CUARTERO RUBIO
Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN CLAVE CONSTITUCIONAL: PRESUPUESTOS. 1. *Agotamiento de los presupuestos tradicionales*. A) La naturaleza del Derecho extranjero. B) Problema de alegación y prueba *versus* problema de alegación y problema de prueba. 2. *El artículo 24 CE como presupuesto*. A) Del Derecho aplicable al Derecho procesal internacional. B) Derechos contenidos en el artículo 24.1 y 2 CE y crisis probatoria. III. LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN CLAVE CONSTITUCIONAL: PROBLEMAS. 1. *Solución de reemplazo*. A) Planteamiento. B) Propuestas. C) La *lex fori* como solución de reemplazo. 2. *Solución de reemplazo y obligaciones del juez*. A) Planteamiento. B) Obligaciones de comportamiento. C) Obligaciones de comportamiento en función de la solución de reemplazo. 3. *Solución de reemplazo, obligaciones del juez y actuación de la parte*. A) Planteamiento. B) Actuación procesal de la parte. C) Autonomía de la voluntad y solución de reemplazo. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

La prueba del Derecho extranjero es uno de los tópicos recurrentes del Derecho internacional privado. Sistemáticamente aparece asociado al problema de la alegación bajo la rúbrica general de "aplica-

ción judicial del Derecho extranjero". Además de su valor dogmático, la aplicación judicial del Derecho extranjero es sin duda una de las cuestiones más trascendentes en la práctica del tráfico jurídico externo: primero por una razón cuantitativa, pues siempre que hay aplicación de una norma de conflicto para resolver el problema del Derecho aplicable la pregunta sobre el régimen de la alegación y prueba está potencialmente asociada; y segundo, porque el propio diseño y destino del método de atribución en un ordenamiento depende radicalmente de la forma en que se resuelva esta aplicación. La falta de claridad respecto a la opción de política legislativa en estos puntos condena a todo el sistema conflictual a una constante falta de certeza con lo que esto comporta en términos de seguridad jurídica y de justicia del resultado. Este es el caso del ordenamiento español. Hasta el reciente art. 281.2 LEC que trata la prueba del Derecho extranjero, el legislador limitaba la referencia a los problemas de alegación y de prueba al art. 12.6.II Cc (1). El art. 12.6.II Cc no da una solución convincente desde un punto de vista lógico ni mucho menos cerrada si se conecta con el art. 12.6 I Cc. Además resulta a todas luces insuficiente por cuanto guarda silencio respecto a las preguntas clave. Esto exige del juez una labor hermenéutica cada vez que, según el mandato de la norma de conflicto, corresponde la aplicación de un Derecho extranjero. No hay jurisprudencia unánime que llene esos vacíos y las divergencias entre las decisiones judiciales tampoco parecen responder a un principio de especialización o de justicia del resultado en el caso concreto.

Llama la atención el hecho de que no parece necesitar explicación el por qué una cuestión que *a priori* es netamente procesal (práctica de una prueba en el proceso) se ubica habitualmente en el sector del Derecho aplicable. Esta calificación conduce a variar los principios e intereses jurídicos que animan su solución y desplaza la función de la prueba de la correcta consecución del proceso (calificación procesal) a

(1) Art. 12.6.II Cc: "La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas". Este era el único precepto que abordaba el problema con carácter general hasta el reciente art. 281.2 LEC: "... El Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación". En materias específicas debe recordarse el art. 5 del Convenio de Munich de 5 de septiembre de 1980 relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, que establece la aplicación de la *lex fori* a falta de conocimiento del Derecho extranjero reclamado.

una función de localización (calificación conflictual). En esta línea llama también la atención la ausencia de un tratamiento específico de la prueba del Derecho extranjero como problema con entidad propia, distinto del de la alegación, cuando es claro que la alegación es simplemente un presupuesto para la prueba: si estamos ante un problema de prueba es porque bien no existe el problema de la alegación (si el juez aplica de oficio el Derecho extranjero), bien ha habido alegación y entonces ya no hay problema. Una mirada autónoma a la prueba del Derecho extranjero permite ver que el abanico de dificultades que pueden plantearse (medios de prueba, momento, plazos, ...) son aspectos de la pregunta primera y final, a saber, si hay prueba o no del Derecho extranjero. El hecho de que pueda llegarse a una no-prueba del Derecho extranjero, ya sea porque no hay prueba en absoluto ya porque la prueba se valora como insuficiente, es una crisis en el proceso. Esta "crisis probatoria" nos enfrenta con un vacío respecto a su consecuencia jurídica: es preciso buscar una "solución de reemplazo" a la aplicación del Derecho extranjero que no ha resultado probado.

Con este fondo, el TC ha tenido que resolver un asunto que supera la ficción (2). Las circunstancias que concurren en él lo hacen de tal manera que bien podría pensarse que estamos ante un caso de laboratorio. Se trata de un recurso de amparo que se dirige contra una decisión de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 2 de junio de 1997 que, a su vez, resuelve el recurso de apelación contra la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Bilbao de 29 de junio de 1995. Los hechos pueden resumirse como sigue: la demandante, de nacionalidad armenia y residente en España, presentó demanda de separación ante los Tribunales españoles. De conformidad con el art. 107 Cc la ley que resultaba aplicable era el Derecho armenio por lo que la demandante alegó este Derecho y solicitó su aplicación al fondo del asunto. Pedía igualmente que, en caso de no conseguir prueba suficiente del Derecho armenio, se aplicase la *lex fori*. De conformidad con lo dispuesto en el art. 12.6.II Cc la demandante aportó prueba del Derecho extranjero pero tanto la Primera Instancia como la Audiencia coincidieron en valorar la prueba del Derecho extranjero como insuficiente y, por esta causa, desestimaron la demanda.

Sin querer extendernos en el planteamiento fáctico del caso sí es importante conocer el *vía crucis* por el que pasó la práctica de la prueba del Derecho extranjero hasta llegar a la desestimación de la demanda en la Sentencia que resolvió la apelación. Ya en Primera Ins-

(2) Sentencia TC 10/2000, de 17 de enero de 2000.

tancia, cuando la parte alegó el Derecho armenio, señaló al Juzgado la previsible dificultad que presentaba la prueba (3); tal es así, que la propia demandante solicitó la aplicación subsidiaria de la *lex fori* de no conseguirse prueba suficiente. Pese a ello, y durante la fase probatoria, la parte asumió plenamente la carga de la prueba y aportó la legislación aplicable mediante documento (Código Civil de la URSS de 1987, según la propia Sentencia del TC) así como una traducción simple de las disposiciones dedicadas a la disolución del matrimonio. Sobre la traducción interesa destacar dos extremos: que la ausencia de traducción jurada fue justificada por la parte sobre la base de que no existía traductor jurado de ruso en Bilbao y que en la traducción simple aportada la parte estuvo asistida por una traductora señalada por el propio Juzgado de Primera Instancia. Esta prueba fue valorada como insuficiente por el juez, lo que desembocó en la desestimación de la demanda. La parte recurrió en apelación y para resolver la insuficiencia de prueba apreciada en Instancia solicitó la colaboración del Tribunal. Así, pidió a la Audiencia que pusiera en funcionamiento los mecanismos oficiales de cooperación internacional de información del Derecho extranjero para que pudiera obtenerse prueba suficiente del contenido y vigencia del Derecho armenio en materia de disolución del matrimonio. Y los resultados de esta “colaboración” con la parte fueron los siguientes:

— Solicitada la información, ésta es remitida por el Ministerio de Justicia a la Audiencia: en ruso, sin traducción alguna y sobre otro tema. Como más tarde destacó el TC, esta defectuosa información sí confirmaba la vigencia en Armenia del Código aportado documentalmente en Primera Instancia por la parte.

— Ante tales circunstancias, la parte solicitó que se suspendiera el señalamiento hasta que se practicara correctamente la prueba. A tal efecto se ofició una nueva comisión rogatoria. Esta comisión se extravió. La Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional dictó providencia para su reproducción así como para que el rollo de apelación quedara pendiente de señalamiento.

(3) En la demanda de separación la parte “... advirtió sobre la peculiar situación política que vivía su país de procedencia, la República de Armenia, en 1994 (fecha de interposición de la demanda de separación), independizado de la extinta URSS en 1991, envuelto en graves conflictos bélicos internos y externos, sin representación diplomática en España (ni española en Armenia, como luego informó a la Audiencia Provincial la Subdirección General de Cooperación Judicial Internacional del Ministerio de Justicia), sin traductor jurado de ruso en la localidad de residencia, y sin que la Embajada y Consulado rusos en España dispusiesen de la legislación civil armenia”.

— Pendiente la remisión de la información del Derecho extranjero por la Subdirección y pese a que en el propio acto la parte pidió la suspensión hasta la recepción de la prueba solicitada, la Audiencia celebró la vista y confirmó la sentencia de Primera Instancia desestimando la demanda de la parte por falta de prueba del Derecho extranjero.

El acto que motiva el recurso de amparo es precisamente la celebración de vista por la Audiencia antes de recibir la información del Derecho extranjero en trámite, esto es, sin esperar a la realización de la práctica de la prueba previamente admitida. Según la parte, esto “ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE)”. Así lo aprecia el TC que da la razón a la recurrente otorgando el amparo por vulneración de los derechos reconocidos en el art. 24.1 y 2 CE (4). En su argumentación el TC se basa en afirmaciones que tiene dichas repetidamente en su jurisprudencia: que los derechos protegidos en este precepto son “derechos del más alto rango” y que el derecho a la tutela judicial efectiva supone una “respuesta fundada, motivada y razonable”. Por tanto, que tal derecho se vulnera si la decisión es fundada y formalmente motivada pero arbitraria, lo que ocurre cuando el juez por su actividad o pasividad frustra la práctica de una prueba previamente admitida. En este caso el TC valora además las circunstancias que concurren en la práctica de la prueba: las dificultades objetivas, la evidente diligencia demostrada por la parte y lo accidentado de la práctica de la prueba ante la Audiencia. Es importante destacar que el Tribunal entiende que lo que vicia la decisión recurrida en amparo es la conculcación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y no la desestimación de la demanda en sí pues “el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no garantiza un pronunciamiento acorde con las pretensiones de la parte, sino una resolución fundada en Derecho”. Igualmente el TC afirma que la interpretación del art. 12.6.II Cc es cuestión de legalidad ordinaria pero que, “en casos como el presente” y por lo

(4) Interesa reproducir textualmente en qué consiste esa vulneración según el último fundamento jurídico de la Sentencia, último párrafo: “Así pues, no cabe sino concluir que la Audiencia Provincial no sólo ha frustrado la práctica de una prueba decisiva para el sostenimiento de la pretensión de la recurrente en amparo (práctica en la que había acordado, a instancia de la recurrente, colaborar para su consecución), lo que de suyo ha lesionado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) de la Sra. Charlouian, sino que, además, causándole indefensión (art. 24.1 CE), desestimó su demanda de separación a consecuencia, precisamente, de la frustración de dicha prueba, sólo imputable al órgano judicial”.

que respecta al 12.6.II Cc *in fine* (facultad del juzgador), esta interpretación puede tener relevancia constitucional. En el caso, según el TC, la incorrecta práctica de la prueba en la apelación “es imputable a la actitud de la Audiencia”, sin que la vulneración del art. 24 CE puede sostenerse por el riesgo para derechos fundamentales de terceros o por un principio de celeridad de la justicia (interés “de rango subordinado”); especialmente a la vista de la diligencia mostrada por la parte. Así, el TC entiende que todo ello cabe en cuanto se asume la doctrina generalmente aceptada por nuestros Tribunales de la naturaleza fáctica del Derecho extranjero pero que, al fin, se trata de un “peculiar hecho” de forma que su prueba persigue en realidad “la acreditación del Derecho aplicable al caso por imperativo del mencionado art. 107 Cc, lo que, a la luz de las garantías contenidas en el art. 24.1 CE, hubiese exigido de los órganos judiciales, y dadas las singularidades del caso de autos, una más activa participación”.

La solución a la que llega el TC no sorprende pues parece notorio que el *iter* del proceso comprometió lo adecuado del resultado que puede ser apreciado como desproporcionado, absurdo e injusto por cualquier persona (5). Por tanto, es inmediata la valoración positiva de esta Sentencia por lo que resuelve: la reposición de la justicia en el caso concreto. Junto a esto la Sentencia presenta otro aspecto relevante: situar la prueba del Derecho extranjero en el punto de mira constitucional, sustrayéndolo momentáneamente del nicho de la legalidad ordinaria; su nicho natural según recuerda el propio TC: “... que el Derecho extranjero es un hecho que debe ser probado por quien lo alegue, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 12.6 Cc, sin que semejante interpretación y aplicación del citado precepto de la legislación civil deje de ser una cuestión de mera legalidad ordinaria ...” (6). En este sentido la Sentencia del TC da la razón a la parte en lo que es obvio: que la interpretación de la ley es cuestión de legalidad ordinaria y que pasa a tener relevancia constitucional cuando puede

(5) Requisitos de la tutela judicial efectiva por cuanto el derecho a una decisión fundada supone que sea razonable y éstos son algunos de los significados de este término (cf. F. CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva (derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución)*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 264-267).

(6) De hecho los argumentos para una interpretación y otra del art. 12.6.II Cc se han movido, salvo excepciones (*vid supra*), en esta órbita: desde los obvios (imposibilidad del conocimiento por el juez de todo Derecho extranjero, imposibilidad de su aplicación como lo haría el juez del ordenamiento reclamado, etc.) hasta los más elaborados (*forum shopping*, relaciones entre sectores, etc) pasando por los argumentos “gremiales” (eficacia de la norma de conflicto, coherencia de las normas que regulan el sector del Derecho aplicable, justicia conflictual, etc).

vulnerar derechos fundamentales. Por eso parece tímida la respuesta del TC en cuanto insiste en acotar esta afirmación: "en casos como el presente", dice, la interpretación del art. 12.6.II puede convertirse en cuestión de interés constitucional por cuanto afecta al art. 24 CE. No vamos a reproducir el debate de fondo sobre este precepto. Baste señalar que en el estado actual la extravagante solución de la Audiencia no hace sino aplicar la letra de la ley y autointegrar los vacíos de la norma de la forma que considera más apropiada. Con semejante caldo de cultivo, cada vez que un litigio de tráfico externo llega al momento de la prueba del Derecho extranjero es potencialmente un caso de relevancia constitucional. De otro modo dicho, no parece necesario llegar a un caso de laboratorio como el que proporciona la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya para que el resultado pueda vulnerar el art. 24 CE. Por tanto, admitido que no es función del TC resolverle a la doctrina y a la jurisdicción ordinaria su problema de legalidad ordinaria sí parece que hay aspectos de la prueba del Derecho extranjero claramente bajo sospecha constitucional. Siendo como es que algunos de estos aspectos (desestimación de la demanda como solución de reemplazo, actuación debida del juez respecto a la prueba) están vinculados al corazón del recurso (la incorrecta práctica de la prueba imputable a la Audiencia) tal vez se esperaban más respuestas y más claras: se corre el riesgo de que lejos de mejorar la calidad de la interpretación en sede de legalidad ordinaria, ésta se complique más.

En nuestra opinión, el tópico de la prueba del Derecho extranjero puede enriquecerse con un tratamiento autónomo. El planteamiento a partir del art. 24 CE facilita enormemente este tratamiento por cuanto empuja el tópico hacia el Derecho procesal internacional. En este sentido, nos referiremos a un posible agotamiento de los presupuestos tradicionales en que se ha apoyado la explicación para la prueba, para sustituir este punto de vista por el que proporciona el art. 24 CE, en concreto en lo atinente a los derechos protegidos en el apdo. 1 (tutela judicial efectiva) y apdo. 2 (derecho al proceso debido, en especial al derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes). Proyectaremos este planteamiento en lo que a nuestro juicio es el problema final de la prueba, a saber, la ausencia de prueba o prueba insuficiente (crisis probatoria) (7). Desde esta perspectiva la cuestión fundamental es la solu-

(7) Aunque sólo nos referiremos a la prueba del Derecho extranjero que trae causa en la aplicación de la norma de conflicto. En otros ámbitos o sectores *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Art. 12.6", *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, 2ª ed., t.I, vol. 2º, Madrid, Edersa, 1995, pp. 1033-1041 y 1050-1082; *ibid.* "La aplicación del

ción de reemplazo, a la que se asocian otras como las obligaciones de comportamiento del juez en caso de crisis probatoria o la posibilidad de que la actuación de la parte pueda operar sobre la solución de reemplazo o las obligaciones de comportamiento del juez.

II. LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN CLAVE CONSTITUCIONAL: PRESUPUESTOS

1. *Agotamiento de los presupuestos tradicionales*

A) La naturaleza del Derecho extranjero

El problema de la alegación y prueba del Derecho extranjero se ha vinculado de forma sistemática a la polémica dogmática sobre su naturaleza. De esta forma, es habitual la argumentación que parte de esta naturaleza para deducir de ella un régimen determinado de alegación del Derecho extranjero, del cual, a su vez, se deduce el régimen para su prueba. Es decir, el planteamiento de la prueba del Derecho extranjero en el proceso resulta de una deducción lógica a partir de un presupuesto dogmático doctrinal. La propia Sentencia del TC acude a la justificación "ontológica" para justificar su solución. Sin duda, se trata de una discusión de gran calado teórico y las aportaciones doctrinales que se han hecho han sido definitivas para defender que el Derecho extranjero en el proceso exige una categoría jurídica intermedia y distinta del hecho y del Derecho. Igualmente es claro que, definida la naturaleza procesal del Derecho extranjero, ésta determinaría el si, el cómo y el con qué consecuencias de su prueba.

Ahora bien, sabido esto, hoy por hoy, no se acaba de ver con claridad qué puede dar esta perspectiva a la hora de responder a un problema concreto en materia de prueba del Derecho extranjero. Tal vez el debate ya ha hecho sus principales aportaciones al situar la prueba en unas coordenadas que podemos considerar de general aceptación. Primero, admitido que el Derecho extranjero aparece en el proceso mediante una especial actividad cognoscitiva, a este debate se debe la general aceptación del término "prueba" para designarla, con el entendimiento de un significado impropio. Dependerá de la opción respecto a la naturaleza del Derecho extranjero que se prefiera el término

Derecho extranjero por los Notarios", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXV, Madrid, 1996, 171-209). La prueba del Derecho extranjero al margen de la norma de conflicto es de sumo interés para el tratamiento autónomo del tópic.

“información” pero tanto los que defienden el carácter jurídico del Derecho extranjero utilizan el término “prueba” (8), como los que prefieren el carácter fáctico asumen el significado impropio. Segundo, las soluciones a los problemas de prueba se han situado (como el propio debate sobre la naturaleza) en una zona de moderación, de respuestas matizadas y especializadas. Dicho de otro modo, del debate ha resultado una voluntad de construcción doctrinal de la categoría procesal “Derecho extranjero”, débil, casuística y determinada por un principio de efectividad, que se refleja en las soluciones a las crisis probatorias.

Por lo que respecta a su valor *de lege ferenda* el debate ya ha proporcionado al legislador completa información de las posibles soluciones, sus ventajas e inconvenientes. La opción de política legislativa se expresó en su momento en el art. 12.6.II Cc cuyo tenor literal indica que la prueba del Derecho extranjero corresponde a la parte y el juez está facultado para colaborar a tal fin; también es un dato que el legislador no se pronuncia sobre la consecuencia jurídica en caso de crisis probatoria. En el art. 281.2 LEC, el legislador no ha recogido este tenor literal exactamente. En la nueva redacción no hay referencia a “la persona que invoque” ni se incluye el “además” referido al juez por lo que abre nuevas posibilidades a la interpretación de actuación de oficio del juez. Lo que más interesa en nuestro caso es que el legislador mantiene el silencio respecto a la solución en caso de crisis probatoria. Este vacío debe valorarse como una opción puesto que el legislador conoce los problemas de la inexistencia de una solución de reemplazo, manifiestos en la jurisprudencia, en la doctrina y en el Derecho comparado, donde se aprecia una tendencia a positivizar la consecuencia jurídica ante la falta de prueba del Derecho extranjero (9).

B) Problema de alegación y prueba *versus* problema de alegación y problema de prueba

El segundo presupuesto tradicional es la convocatoria conjunta de los dos aspectos de la aplicación judicial del Derecho extranjero: la alegación y la prueba (10). Esta sociedad trae causa en el presupuesto

(8) Por ejemplo, F. RAMOS MENDEZ, “La prueba del Derecho extranjero”, *RJC*, 1980, pp. 659-675, especialmente en p. 665.

(9) Sobre las soluciones en Derecho comparado *vid supra*.

(10) Incluso siendo protagonista la segunda (por ejemplo, M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, “La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles”, *RGD*, 1989, núms. 541-542, pp. 6247-6314) o F. RAMOS MENDEZ, *loc. cit. op. cit.*

anterior, esto es, la constante explicación de la alegación y prueba en función de la naturaleza del Derecho extranjero: idéntico principio para problemas conjuntos. A ello se une el que ambas han sido relacionadas con el mismo precepto (art. 12.6.II Cc). Sin embargo, la forma en que se plantean los problemas en sede de alegación y en sede de prueba es diferente. Más adelante se tratará de esta diferencia desde la perspectiva del art. 24 CE pero esto se observa también desde otros puntos de vista, por ejemplo los siguientes:

a) *Desde el punto de vista de la norma de conflicto*

Puede imaginarse que, en gran parte, la asociación alegación-prueba deriva de su consideración como culminación del método de atribución. Sin embargo, la dependencia de una y otra respecto de la norma de conflicto es diferente. La imperatividad o no de la norma de conflicto condiciona radicalmente la alegación. Tal es así que, en pura lógica, si la aplicación de la norma de conflicto se declara imperativa el problema de la alegación desaparece. De la misma forma, cualquier afirmación que se haga respecto al régimen de la alegación trasciende de forma inmediata a la imperatividad de la norma de conflicto. Pues bien, siendo innegable la relación que vincula la prueba a la norma de conflicto, parece distinta que en el caso de la alegación. Sea cual sea el carácter de la norma de conflicto, el conocimiento del Derecho extranjero es necesario. Sólo varía el título: sea a título de información o a título de prueba. Es decir, si el ordenamiento optara por la aplicación de oficio del Derecho extranjero, el planteamiento se daría en términos de pura información-prueba mientras que ni siquiera cabría hablar de alegación (11). En línea con lo anterior, la posible concepción de la norma de conflicto como facultativa es una explicación válida para la alegación mas no para la prueba.

Por lo mismo, la no alegación del Derecho extranjero puede entenderse como una expresión de voluntad, una modificación de la norma de conflicto mediante la inclusión en la misma por la parte de la autonomía conflictual. Sin embargo, esta afirmación no es trasladable por principio a la prueba: si hay prueba insuficiente es claro que la autonomía de la voluntad de las partes no pretende la no aplicación del Dere-

(11) "Desde el momento en que el juez aplica de oficio su propia norma de conflicto, la carga de acreditar el contenido del Derecho vigente en el extranjero es independiente de la propia invocación del Derecho extranjero" (V. CORTES DOMINGUEZ, *Derecho procesal civil internacional*, Edersa, 1981, p. 69). Lo único que habría que probar serían "los puntos de conexión" (cf. F. RAMOS MENDEZ, *loc. cit.*, pp. 666-667).

cho extranjero; pero tampoco si hay ausencia de prueba en cuanto ha existido alegación (12). Sólo en el caso de ausencia de prueba acompañada de ausencia de alegación, la ausencia de prueba es significativa de la voluntad de las partes; pero en este caso, no estamos ante un problema de ausencia de prueba sino de ausencia de alegación. Por esto, la diferente valoración y consecuencias de la ausencia de alegación según se trate de casos en que están en juego derechos sobre los que las partes tienen o no libre disposición no son directamente trasladables a una crisis probatoria. En suma, la relación alegación-voluntad de las partes tiene sentido por cuanto la alegación es precisamente expresión de voluntad; la relación prueba-voluntad de las partes no tiene sentido por cuanto la prueba no es expresión de voluntad.

b) Desde el punto de vista de los arts. 12.6.II Cc y 281.2 LEC

Aunque se ha interpretado que el art. 12.6.II Cc se refiere a los dos problemas, es claro que lo hace de forma muy diferente. De la alegación sólo se trata indirectamente en cuanto se vincula la carga de la prueba al que invocare el Derecho extranjero. Es decir, en puridad el art. 12.6.II Cc no regula la alegación. Por lo mismo que no es una norma que se pronuncie sobre la naturaleza del Derecho extranjero: el hecho de que deba probarse no es exclusivo del Derecho extranjero si no también de otras fuentes del Derecho en cuanto el principio *iura novit curia* sólo alcanza al Derecho escrito, interno y general (13). En este sentido la redacción del nuevo art. 281.2 LEC es mucho más clara pues trata conjuntamente costumbre y Derecho extranjero con lo que pone en evidencia que no se puede deducir del régimen de la prueba el carácter (en este caso, fáctico) del Derecho extranjero. Entendemos que el art. 12.6.II Cc es básicamente una norma sobre la prueba: es la prueba lo que se regula (parcialmente) por cuanto lo que se dice es que una persona determinada deberá llevar a cabo una actuación probatoria ("acreditativa"). También se asigna la facultad al juez de colaborar

(12) A nuestro juicio este razonamiento es presupuesto de soluciones como la de la jurisprudencia inglesa que admite que el juez pueda aplicar un Derecho extranjero no alegado en un supuesto excepcional y sin embargo ha acogido un número mucho mayor de casos en que el Derecho extranjero alegado puede ser aplicado sin necesidad de prueba (cf. L. COLLINS (ed.), *Dacey and Morris on the Conflict of Laws*, vol. 1, 13ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2000, pp. 221-224).

(13) Cf. V. CORTES DOMINGUEZ, V. GIMENO SENDRA y V. MORENO CATENA, *Derecho procesal civil*, 2ª ed., Madrid, Colex, 1997, p. 207.

“para su aplicación”. Puede discutirse si esta facultad se refiere a la invocación, pero de lo que no cabe duda es de que se refiere a la prueba. En suma, es posible una interpretación “especializada” de esta disposición (14). En cuanto se interprete sin el lastre de tener que deducir al mismo tiempo un régimen para la alegación puede resultar más eficaz para la prueba.

La nueva LEC dedica una disposición específica a este tema: el art. 281.2. De este precepto deben destacarse varios aspectos. Primero, el hecho en sí de que la prueba del Derecho extranjero sea objeto de tratamiento en un contexto netamente procesal y que esta disposición se refiera exclusivamente al problema de la prueba, sin vinculación con la alegación. Esta disociación de la alegación es argumento a favor de la lectura especializada respecto de la prueba (interpretación contextual y textual). Segundo, el art. 281.2 LEC separa la cláusula general de prueba de los hechos (art. 281.1: “La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso”), de un apdo. 2 en que se dispone que: “También serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero”, positivizando una asociación distinta de la tradicional alegación-prueba. Tercero, su tenor literal pone en evidencia que la prueba del Derecho extranjero es interés del proceso no un interés de parte, con independencia de que la materia objeto del proceso sea o no de libre disposición. En este sentido, se introduce con carácter general un principio de flexibilidad en la prueba con el fin de favorecer la prueba eficaz (convinciente); principio que, por otra parte, entendemos estaba ya en el art. 12.6.II Cc en los mismos términos.

En suma, pese a la costumbre de estudiar en un bloque la norma de conflicto y en otro la alegación y prueba, y todo dentro del método de reglamentación indirecto y siendo esto técnicamente irreprochable, tal vez resulte más eficaz revisar esta asociación y desplazar la prueba hacia otros problemas con los que comparte razón. Por ejemplo, dentro del propio sector del Derecho aplicable la falta de prueba está más próxima a la situación que genera una conexión impracticable (15) que

(14) Por ejemplo, J.C. FERNANDEZ ROZAS y S. SANCHEZ LORENZO, *DIPr*, Madrid, Cívitas, 1999, p. 240-241, a pesar de que procuran una interpretación amplia, hacen una lectura especializada al considerar que el precepto “parece dar a entender” que la participación del juez se prevé para la prueba y no para la alegación, considerando además que las diligencias para mejor proveer servirían sólo para la prueba “dado su carácter y ubicación”.

(15) Cf. P. LALIVE, “Tendences et méthodes en droit international privé”, *R. des C.*, t. 155, 1977-II, p. 241.

una ausencia de alegación. Pero en nuestra opinión, las posibilidades más interesantes son las que se abren si consideramos el paso al Derecho procesal internacional y la prueba se desplaza hacia las cuestiones de extranjería procesal (16), la información del Derecho extranjero (17) o se asocia a los demás problemas de prueba: obtención de prueba en el extranjero (18) o ley aplicable a la prueba (19) o prueba del Derecho extranjero al margen de la norma de conflicto.

2. El art. 24 CE como presupuesto

A) Del Derecho aplicable al Derecho procesal internacional.

Evitar los presupuestos tradicionales de explicación de la prueba del Derecho extranjero y partir del referente constitucional conduce a preguntarse sobre el planteamiento de este tópico en sede de Derecho aplicable. El habitual estudio de la prueba del Derecho extranjero dentro de este sector es coherente con su vinculación al debate sobre la naturaleza del Derecho extranjero y a la asociación alegación-prueba. Pero tan fundadas razones se debilitan en cuanto se prescinde de estos presupuestos y se contempla el problema desde los principios jurídicos que animan el sector. Por ejemplo, el principio programático de igualdad *lex fori*-Derecho extranjero tiene pleno sentido referido al problema de la alegación pero, en puridad, es ajeno a la prueba. Predicar este principio respecto del Derecho extranjero tiene tan poco sentido como hacerlo respecto de la costumbre (20). Más interesante parece vincular el problema de la prueba a los principios nucleares del Derecho procesal internacional, vía art. 24. Es claro que también los tópicos propios del sector del Derecho

(16) Así lo incardina dentro de una parte denominada "El proceso español con elementos extranjeros", aunque tratando conjuntamente alegación y prueba, V. CORTES DOMINGUEZ, *op. cit.*

(17) Recuérdese que si el ordenamiento opta por la investigación de oficio del Derecho extranjero el problema de prueba coincidiría exactamente con el de información.

(18) Las dificultades para la práctica de la prueba derivadas de la componente extranjera del objeto a probar son similares a las propias de la práctica de prueba en el extranjero (plazos especiales, necesidad-conveniencia de cooperación, grado de certeza exigido por el juez) y sin embargo no tienen paralelo en la alegación.

(19) Es curioso observar que el tópico "ley aplicable a la prueba", *a priori* más susceptible de calificación como problema de Derecho aplicable que el de la prueba del Derecho extranjero, se ubica sistemáticamente en un nicho procesal.

(20) Con quien comparte similar régimen probatorio según el art. 281.2 LEC.

aplicable se relacionan con el derecho fundamental de tutela judicial efectiva. Sin ir más lejos, esta relación ha sido explicada respecto de la alegación (21). Pero tal vez una lectura “especializada” ayude a una solución más adecuada (22). Tomemos como ejemplo la Sentencia del TC. En este caso, alegado el art. 24, su contenido tiene un significado específico por cuanto se individualiza en el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, derecho que no es directamente trasladable a la alegación del Derecho extranjero pero sí a la práctica de la prueba en el extranjero e incluso a la ley aplicable a la prueba.

En suma, partir del presupuesto constitucional permite la subsunción de la prueba del Derecho extranjero en el ámbito del Derecho procesal internacional. En absoluto se trata de negar su vinculación con el sector del Derecho aplicable, que es obvia. Se propone que el acercamiento se haga desde una perspectiva distinta que, a estas alturas, puede resultar más eficaz que la tradicional visión conflictualista del problema. Esta aproximación alternativa tal vez permita una mejor identificación de los contenidos del art. 24 que pueden servir de piedra angular para la prueba y, notablemente, para la interpretación de las disposiciones legales en la materia. Bajo esta mirada el art. 12.6.II Cc es entonces una norma procesal mal colocada y el art. 281.2 LEC reubica el problema.

B) Derechos contenidos en el art. 24.1 y 2 y crisis probatoria

La perspectiva constitucional sitúa la prueba del Derecho extranjero en la órbita del art. 24 de la Constitución. En su vertiente negativa esta vinculación significa que las normas relativas a la prueba del Derecho extranjero sólo admiten aquellas interpretaciones que no conduzcan a una vulneración de los derechos allí contenidos (23); en su

(21) Vid. F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Madrid, Tecnos, 1994.

(22) Ya se ha visto como una lectura especializada del art. 24 CE ha ayudado al sector de la competencia judicial internacional al construirlo sobre el derecho angular al juez predeterminado por la ley (cf. M. AMORES CONRADI, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ”, *REDI*, vol. XLI, 1989-1, pp. 113-155, específicamente p. 116).

(23) Obligación de todos los Jueces y Tribunales de interpretación de las normas conforme a la CE (E. GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1991, pp. 67 y 95-103): tanto para la interpretación como para la autointegración del sistema (*ibid.* 103), con especial atención a este segundo aspecto en el caso de crisis probatoria.

vertiente positiva supone que, más allá de otras consideraciones, el trámite procesal de prueba del Derecho extranjero cumple una función de garantía de tales derechos, es decir, es un medio para su consecución. Del art. 24 interesa esencialmente el apdo. 1, esto es, la tutela judicial efectiva y los derechos que comporta: derecho de libre acceso a la jurisdicción, prohibición de indefensión, derecho a una resolución sobre el fondo que ponga fin al proceso y derecho a la efectividad de la tutela (24). Por su parte, el apdo. 2. contempla, dentro del genérico derecho al proceso con las garantías debidas un derecho que afecta directamente a la prueba del Derecho extranjero: el derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes (25). A ello hay que añadir que, en términos de interpretación, las normas sobre prueba del Derecho extranjero deben interpretarse de la forma más favorable al derecho protegido y guiarse por un principio *favor actionis*. Desde este punto de partida cabe predicar los siguientes postulados para la solución de las crisis probatorias.

1º) El art. 24 protege el derecho a una decisión sobre el fondo que ponga fin al proceso (obligación de una decisión sobre el fondo). Esta es la regla general (26). Frente a la regla general cabe la excepción sólo por causa legal: su adecuación a la CE debe ser valorada a la luz de la proporcionalidad, oportunidad y el resultado al que conduce (27) y está sujeta a la obligada interpretación más favorable al derecho (28). Si el derecho a una decisión sobre el fondo es la regla general, el juez está obligado a decidir sobre el fondo aún en ausencia de prueba o prueba insuficiente. Sólo sería posible excepcionar la regla general si la ausencia de prueba o prueba insuficiente constituyera por sí misma una excepción a la regla general. Para que esto fuera posible, como primera condición, la ausencia de prueba o prueba insuficiente debería

(24) Cf. F. CHAMORRO BERNAL, *op. cit.*

(25) Sobre la confusión respecto a los derechos del art. 24.1 y 2 CE, principalmente por el uso del término tutela judicial efectiva más allá del ámbito del primer párrafo del art. 24 CE *ibid.*, pp. 370-384, L.M. BUJOSA VADELL y N. RODRIGUEZ GARCIA, "Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional", *La Ley*, 1999, t. II, D-84, p. 1829.

(26) Cf. I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZO JIMENEZ Y G. FERNANDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo (una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional)*, Madrid, Cívitas, 1995, pp. 30-43, F. CHAMORRO BERNAL, *op. cit.*, pp. 181-185, A. FIGUERUELO BURRIEZA, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 79-81 y la jurisprudencia del TC citada por todos.

(27) Cf. L.M. BUJOSA VADELL y N. RODRIGUEZ GARCIA, *loc. cit. op. cit.*, p. 1831.

(28) Cf. F. CHAMORRO BERNAL, *op. cit.*, p. 186, A. FIGUERUELO BURRIEZA, *op. cit.*, p. 80.

ser un presupuesto procesal legalmente tipificado. Si a ello se añade la regla de interpretación más favorable al derecho esta exigencia debe ser interpretada de forma estricta. Como no existe tal tipificación legal (29) prevalece el derecho fundamental a una decisión sobre el fondo, que es la regla general. La posibilidad de excepcionar la regla general por falta insubsanable (30) de un presupuesto procesal necesario desplazaría el problema del derecho a una decisión sobre el fondo al derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, a la competencia judicial internacional (31). Es cierto que si se ha llegado a una crisis probatoria es porque el derecho de acceso a la jurisdicción se ha materializado en un proceso, es decir, que se ha asegurado un cauce procesal para los derechos e intereses debatidos. Sin embargo, el derecho de acceso a la justicia supone tanto la articulación de tal cauce cuanto de la infraestructura adecuada para desarrollarlo (32).

2º) El derecho a una decisión sobre el fondo exige que el resultado sea motivado, razonable, que se ajuste al sistema de fuentes establecido y que sea eficaz (obligación de decisión correcta y eficaz). La adecuación al sistema de fuentes tiene especial interés por cuanto es claro que si a falta de prueba del Derecho extranjero no resulta aplicado el Derecho extranjero designado no se realiza el óptimo de la norma de conflicto (33): el óptimo es que la decisión sea además la más razonable y la más ajustada al sistema de fuentes establecido (34). Si en el caso se da una situación crítica como es la ausencia de

(29) Cf. F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *op. cit.*, p. 34

(30) El carácter subsanable o no del defecto como eje del razonamiento del TC en F. CHAMORRO BERNAL, *op. cit.*, p. 192.

(31) Estamos entonces ante un *forum non conviniens* (cf. F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *op. cit.*, p. 69; ya en Sent. TS (Sala 1ª) de 17 de diciembre de 1991, *REDI*, 1992-39-Pr, con nota de F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, p. 241, p. 243 y, en forma de principio, en p. 241) o sencillamente, el sistema de competencia judicial internacional falla.

(32) Cf. F. CHAMORRO BERNAL, *op. cit.*, p. 23

(33) Tradicionalmente la selección de la norma aplicable estaba en la órbita de la legalidad ordinaria pero el TC ha considerado en varias ocasiones que la tutela judicial efectiva se ve vulnerada por defecto en la motivación si la decisión supone una desvinculación del sistema de fuentes (desde la Sent. 23/1988, de 22 de febrero, cf. A. FIGUERUELO BURRIEZA, *op. cit.*, pp. 128-130). Es curioso destacar que ejemplo de esta tendencia es la Sentencia del TC 151/1994, en la que el juez inaplicó el Convenio colectivo aplicable porque las partes no habían probado su vigencia ("es decir, sometió un convenio colectivo a la necesidad de prueba, como en el caso de la costumbre o del Derecho extranjero", I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZO JIMENEZ y G. FERNANDEZ FARRERES, *op. cit.*, p. 74). Se muestran críticos con esta extensión en la interpretación del TC *ibid.*, pp. 62-67 y 74-77 y lo justifica A. FIGUERUELO BURRIEZA, *op. cit.*, p. 130.

(34) Por lo que considera contrario al art. 24 CE la no resolución conforme al Derecho designado F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *op. cit.*, p. 50.

prueba o prueba insuficiente es porque el óptimo es impracticable (por coste excesivo o inacción de partes y/o juez). En este caso, la interpretación más favorable al derecho y el principio *favor actionis* parecen aconsejar una decisión sobre el fondo razonable y ajustada al sistema de fuentes.

3º) La prohibición de indefensión contemplada en el art. 24.1 CE se refiere al derecho de alegar y probar regido por los principios de contradicción e igualdad. El TC exige extrema diligencia a la parte para poder apreciar esta causa. El primer problema que plantea esta prohibición es su relación con el derecho contenido en el art. 24.2 CE, propio del proceso con las debidas garantías, a valerse de los medios de prueba pertinentes (35). La doctrina ha venido a situar la barrera en el carácter total o parcial de la limitación probatoria de forma que el apdo. 1. protegería frente a la privación total “de fase probatoria respecto del objeto del debate o de algún punto en concreto” (36) quedando el derecho a la prueba del apdo. 2. para una limitación parcial. En la Sentencia 10/2000, el TC asume el planteamiento de la parte y considera vulnerado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2) y la prohibición de indefensión (art. 24.1). Tal vez, esta doble alegación pueda explicarse porque, efectivamente hubo una limitación inicial en el derecho a los medios de prueba (lo que justifica el recurso al apdo. 2) que degeneró en una privación total (propia del apdo. 1) mediando dos de las características esenciales de la prohibición de indefensión del art. 24.1: que no fue provocada por la parte en absoluto y sí causada por la actuación del órgano jurisdiccional (37). Desde luego, lo que no parece es que la prohibición de indefensión sea la desestimación de la demanda en sí misma, sino, en todo caso, como consecuencia de una incorrecta actuación en sede de prueba.

El derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes supone una obligación para el juez por cuanto si la parte desea valerse de un medio de prueba y el juez admite su práctica debe favorecerse que tal prueba pueda llegar a hacerse valer. Esto tiene consecuencias en dos

(35) Sobre la diferencia entre esta indefensión al amparo de la tutela judicial efectiva garantizada por el art. 24.1 CE y el derecho al proceso debido del art. 24.2 sobre la base de la indefensión absoluta o relativa, fin o medio, cf. F. CHAMORRO BERNAL, *op. cit.*, pp. 110-111 y 121-125. *Vid.* también A. CAROCCA PEREZ, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, Bosch, 1998.

(36) F. CHAMORRO BERNAL, *op. cit.*, p. 126.

(37) *Ibid.* pp. 116-117 y 127 en general y p. 140 en relación con la práctica de la prueba; explicación que, en cualquier caso, no cuadra con la distinción doctrinal antes vista.

momentos: la propia práctica de la prueba y la valoración. En este punto conviene recordar conceptos habituales que se manejan en relación con la ausencia de prueba y prueba insuficiente. Se habla de una imposibilidad absoluta o relativa de la prueba, clasificación que puede considerarse superada por cuanto es claro que es una cuestión de grados de indeterminación (38). Parece más realista pensar que la prueba es simplemente deficitaria, es decir, aquella de coste superior al beneficio (39). A estas alturas, el concepto mismo de "imposibilidad absoluta" debería ser intolerable para el sistema conflictual: o la imposibilidad absoluta deriva de la inacción de las partes y del juez para informarse o de éste para convencerse (y entonces no hay prueba imposible) o es un problema de información del Derecho extranjero. A esta alturas (40), admitir una imposibilidad absoluta de información del Derecho extranjero es tanto como reconocer que la eficacia de la norma de conflicto depende de cuál sea el ordenamiento extranjero designado (41) o que el sistema de competencia judicial internacional

(38) Cf. F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *op. cit.*, p. 60.

(39) F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ valora el coste financiero, temporal y de oportunidad y lo compara con la cuantía del litigio (*ibid.*, p. 40). Sobre la tradicional distinción imposibilidad absoluta-relativa, total-parcial, definitiva-temporal: M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, "La ausencia de prueba del Derecho extranjero", *Justicia*, 1989, núm. 1, pp. 76-80. Aunque es claro que no se habla de un coste estrictamente económico, esta componente como criterio de decisión abre numerosos interrogantes: ¿puede este hecho hacer tolerable la inacción del juez?, ¿cómo valorar este criterio si la parte tiene el beneficio de justicia gratuita? (este era el caso en el recurso de amparo). Es claro que el coste no puede ser criterio para impedir el derecho de acceso a la justicia (cf. L.M. BUJOSA VADELL y N. RODRIGUEZ GARCIA, *loc. cit. op. cit.*, p. 1830), pero ¿puede justificar una decisión que no es la óptima, sobre todo si a ello se une el criterio de celeridad? Pondera los costes respecto a la información-prueba de la constitucionalidad de la ley extranjera, J. MASEDA RODRIGUEZ, *El control de la constitucionalidad de la ley extranjera*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 106-110.

(40) Por una parte las posibilidades de acceso a la información en general han progresado notablemente. Por otra, debe recordarse el entramado convencional español para la información del Derecho extranjero: Convenio europeo de Londres acerca de la información del Derecho extranjero, de 7 de junio de 1968 y Protocolo adicional de Estrasburgo de 15 de marzo de 1978, Convención interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979, y algunos Convenios bilaterales. Aún en casos de los considerados "tipo" de imposibilidad absoluta de prueba una correcta información posibilitaría la solución conforme al Derecho designado; por ejemplo, ante la inexistencia de norma en el ordenamiento extranjero sería posible la autointegración del sistema.

(41) La norma de conflicto sólo serviría para la aplicación de determinados Derechos extranjeros: los que participan de una cooperación jurídica más desarrollada, bien por ser de nuestro entorno (por ejemplo, Estados de la Unión Europea), bien por tener más generalizado el acceso a los canales de información, con lo que esto supone de permeabilidad discriminada: vía norma de conflicto penetrarían en nuestro sistema los

falla (42). En este sentido el derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes obliga a un juicio de razonabilidad por cuanto para que el ejercicio de este derecho sea posible (interpretación más favorable al derecho) la ausencia o insuficiencia de prueba deben valorarse a la luz del coste de su práctica. .

Por tanto puede afirmarse que más allá de su obligación respecto a la prueba del Derecho extranjero el juez tiene una obligación de resultado: conseguir una decisión sobre el fondo, correcta y eficaz fruto de un proceso en el que la parte haya podido valerse de las pruebas pertinentes. Esta obligación deriva del art. 24 de la Constitución y es indisponible por ley de modo que lo dispuesto en el art. 12.6.II Cc y en el art. 281.2 LEC de ningún modo altera aquella obligación constitucional de resultado sino que simplemente instruye respecto a los medios. Por tanto, lo dispuesto en el art. 12.6.II Cc respecto a la prueba del Derecho extranjero debe interpretarse en el sentido de que se orienta a facilitar al juez su obligación. En el caso de una crisis probatoria estas disposiciones deberían leerse así: el juez podrá valerse de cuantos instrumentos considere necesarios (43) para que la ausencia de prueba o prueba insuficiente no le impidan conseguir una decisión correcta y eficaz sobre el fondo. La letra del art. 281.2 LEC es más clara en este sentido: la facultad otorgada al juez es de medios: el ya mencionado principio de flexibilidad en favor de la prueba eficaz.

III. LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN CLAVE CONSTITUCIONAL: PROBLEMAS

1. Solución de reemplazo

A) Planteamiento

Por tanto, desde la perspectiva de los derechos garantizados en el art. 24.1 y 2 CE sea cual sea la respuesta que se de a la crisis procesal que genera una ausencia de prueba o prueba insuficiente del Derecho

Derechos de determinados Estados y no los de otros (aplicación del Derecho extranjero "parcialmente diferenciada").

(42) *Vid. infra.*

(43) Más que una referencia a las diligencias para mejor proveer debe entenderse libertad para la prueba en medios y momento (cf. J.L. ALBACAR LOPEZ y M. MARTÍN-GRANIZO FERNANDEZ, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, t. I (1), 4ª ed., Madrid, Trivium, 1995, p. 246).

extranjero, ésta debe respetar unos mínimos. El primero es el de asegurar una decisión sobre el fondo como regla general, lo cual supone una solución de reemplazo para el caso de que la prueba del Derecho extranjero sea impracticable. A nuestro entender éste es el principal problema constitucional: asegurar una solución de reemplazo. Esta es la cuestión nuclear del art. 12.6.II Cc (44) que se mantiene en el art. 281.2 LEC ya que los dos guardan silencio sobre este punto. La solución de reemplazo ha de procurar una decisión razonable, ajustada al sistema de fuentes establecido y eficaz. Sólo en función de esta obligación de resultado se podrá valorar la actuación del juez: el juez debe procurar el óptimo y si es impracticable, acudir a la solución de reemplazo. Por último, cabe plantearse hasta qué punto, asegurada una solución de reemplazo y graduada la actuación del juez en función de esa solución puede tener alguna trascendencia constitucional la actuación de la parte.

B) Propuestas

La doctrina propone un amplio abanico de posibles soluciones de reemplazo. La más habitual en nuestra jurisprudencia es el recurso a la *lex fori*. En otras ocasiones, como la que trae causa en la Sentencia del TC se opta por la desestimación de la demanda (45). En sede fundamentalmente doctrinal se han propuesto también otras soluciones que comparten la voluntad de que se busque solución dentro del contexto del método de atribución: aplicación de un ordenamiento próximo al

(44) La importancia de la solución de reemplazo ya ha sido destacada por la doctrina: J.A. CARRILLO SALCEDO, "Art. 12 Cc", M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, EDERSA, 1978, p. 450 y J.C. FERNANDEZ ROZAS, "Art. 12.6 ... *loc. cit. op. cit.*", p. 1001, que califica de "desdichada" la no inclusión expresa de una solución de reemplazo en el art. 12.6.II Cc.

(45) Sent. Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Jaén de 24 de enero de 1986, *REDI*, 1989-75-Pr, pp. 313-314; Sent. Aud. Ter. Zaragoza de 10 de abril de 1987, *REDI*, 1989-82-Pr, con Nota de P. RODRIGUEZ MATEOS, pp. 326-329; Sent. Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Badalona de 15 de abril de 1988, *REDI*, 1990-48-Pr, con Nota de N. BOUZA VIDAL, en 1990-49-Pr, pp. 264-271, decisión corregida por Sent. Aud. Prov. Barcelona de 6 de abril de 1989, *ibid.* Sent. TS de 19 de febrero de 1990, *REDI*, 1990-108-Pr, pp. 665-666. También. Sent. Audiencia Provincial de Bilbao de 31 de julio de 1991, *REDI*, 1992-83-Pr, con nota de J. CARRASCOSA GONZALEZ, pp. 665-669; Sent. TS (Sala 1^a) de 17 de diciembre de 1991, *REDI*, 1992-39-Pr, con nota de F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ. Para un análisis de la jurisprudencia antes de la reforma del Título Preliminar del Cc *vid* M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, "La ausencia ... *loc. cit. op. cit.*", pp. 133-138, en concreto con respecto a los asuntos que acaban en una desestimación de la demanda.

designado por la norma de conflicto, vuelta a otra conexión que la propia norma de conflicto recoja (46), etc. (47).

Las soluciones de corte conflictual como el recurso a un ordenamiento próximo o a la conexión subsidiaria son más elaboradas pero ¿son razonables en un supuesto de crisis probatoria?. Vayamos al caso: si estamos ante la necesidad de una solución de reemplazo por falta de prueba es porque a) la parte no ha probado en absoluto ni tampoco el juez o, b) la parte ha probado pero no ha convencido al juez y el juez no ha hecho nada por convencerse o, c) es un supuesto de prueba impracticable (prueba deficitaria o extremadamente costosa) en el que, actuando parte y juez con la máxima diligencia ninguno de los dos ha conseguido información convincente. Dado que este tipo de soluciones exigen una actitud entusiasta del juez, no parece razonable esperarla en los casos a) y b). Por tanto, dada alegación y no prueba para que estas propuestas resolvieran el problema sería preciso que estuviéramos ante un caso de prueba impracticable. Pero aún admitido esto, parece que estas soluciones son poco prácticas si la solución de reemplazo deriva de la dificultad de obtener prueba del Derecho extranjero. Recurrir a otro Derecho que no es el designado por la norma de conflicto (o no el

(46) Acogida por el legislador italiano como primera solución de reemplazo y en el portugués como única solución prevista. Ley italiana de 31 de mayo de 1995, art. 14: "1. L'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate. 2. Qualora il giudice non riesca ad accertare la legge straniera indicata, neanche con l'aiuto delle parti, applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana". Cc portugués, art. 23.2: "En la imposibilidad de averiguar el contenido de la ley extranjera aplicable se recurrirá a la ley que sea subsidiariamente competente, debiendo adoptarse igual procedimiento siempre que no sea posible determinar los elementos de hecho o de Derecho de que dependa la designación de la ley aplicable" (el texto en J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*, Madrid, Edersa, 1995, p. 577).

(47) Para una visión general de las opciones posibles *vid.* P. LALIVE, *loc. cit. op. cit.*, pp. 243-246; más exhaustivo y con aparato de las opciones intermedias que combinan las diversas propuestas según el caso concreto, M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, "La ausencia ... *loc. cit. op. cit.*: aplicación de la *lex fori* pero inspirada en principios generales del Derecho, resolver conforme a principios generales del Derecho o a una justicia universal. En general este tipo de soluciones se apoyan en una voluntad de igualdad *lex fori*-Derecho extranjero preconizada desde el IDI. También se propone acudir al Derecho reclamado para que aporte la solución (F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *op. cit.*, p. 61). Esta última propuesta evidencia que la solución de reemplazo por falta de prueba no está tan lejos del tópico de la ley aplicable a la prueba: la solución de reemplazo sería como un problema de prueba a regular por la *lex causae*.

designado preferentemente) puede satisfacer mejor la justicia conflictual (48) pero reproduce el problema de la prueba en similares términos pues sigue exigiéndose la prueba de un Derecho extranjero (49). Por tanto, por una parte este tipo de soluciones son conformes con la exigencia constitucional de que la decisión sea razonable y adecuada al sistema de fuentes (tal es así que su principal valor es que son reputadas como las más respetuosas con el sistema de fuentes) pero por otra, no se sabe hasta qué punto son la mejor solución en términos de economía procesal y eficacia de la tutela ante una crisis probatoria derivada precisamente de la dificultad de probar o convencer al juez. Por definición no son soluciones de reemplazo frente a la falta de prueba de un Derecho extranjero, pues vuelven a reproducir el ciclo de la prueba de un (otro) Derecho extranjero. Por eso parecen más adecuadas para el problema de la conexión impracticable (que demanda una respuesta en sede de "punto de conexión") que para la falta de prueba (que demanda una respuesta en sede de "práctica de prueba").

Distinto es el caso de la desestimación de la demanda. La doctrina se ha manifestado generalmente en contra (50). El argumento crítico que lleva a la mayoría a rechazar esta solución entronca precisamente

(48) Porque desde luego, lo que no puede afirmarse es que satisfaga necesariamente el interés de la parte: la parte ya ha expresado su voluntad respecto de un determinado Derecho extranjero en el momento en que lo ha alegado; en puridad, de una determinada respuesta que es la contenida en el Derecho extranjero designado y que no queda asegurada con el recurso a otro ordenamiento próximo ni con otra conexión subsidiaria.

(49) Un ejemplo de esto nos lo proporciona precisamente el art. 14.1 de la Ley italiana de 31 de mayo de 1995 (*vid. infra*), que como hemos indicado, acoge el recurso a otras conexiones de la norma de conflicto como primera solución de reemplazo. Debe observarse que esta solución se acompaña de una expresa obligación del juez de conocer el Derecho extranjero y aún con esa prevención, añade una solución de cierre: la aplicación de la *lex fori*. De hecho, la primera solución de reemplazo propuesta por la norma se ha planteado como mero presupuesto para la aplicación de la *lex fori* (cf. S.M. CARBONE, "Art. 14", "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995 n°18 - Commentario", *Riv. dir. int. pr. proc.*, n° 4, 1995, p. 971; un resumen sobre el estado de la cuestión antes de la Ley en T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 2ª ed., Padua, Cedam, 1996, pp. 275-277 y F. MAGANZA, "La rilevanza processuale della norma straniera richiamata: un raffronto fra la giurisprudenza italiana e quella francese", *Riv. dir. int. priv. proc.*, n° 4, 1990, pp. 941-950). Por la misma razón no elimina el problema práctico el art. 23.2.Cc portugués.

(50) Pseudo-solución según P. LALIVE, *loc. cit. op. cit.*, p. 243. A favor por ejemplo, entre los más recientes, M. RUBINO-SAMMARTANO, "Il giudice nazionale di fronte alla legge straniera", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 335 como "consecuencia inevitable de la imposibilidad de individualizar el contenido de tal Derecho"; en la doctrina española, E. GUTIERREZ DE CABIEDES, "Tratamiento procesal del Derecho extranjero en el Título Preliminar del Cc", *ADI*, t. II, 1975, pp. 72-73. En la jurisprudencia francesa

con la reflexión en términos de tutela judicial efectiva por cuanto se entiende que la desestimación de la demanda supone una vulneración de ésta que llega a ser calificada de “denegación de justicia” (51). Es precisamente por esto que sorprende la poca atención que le dedica el TC en su Sentencia. Más aún cuando la afirmación de la doctrina se hace sin vincular la desestimación a condiciones límite como las que se dan en este caso. Frente a ello la Sentencia del TC se limita a hacer un recordatorio genérico de que la tutela judicial no supone necesariamente una decisión sobre el fondo. De hecho, expresamente opone la práctica de la prueba en Primera Instancia, donde el Juzgado admitió la prueba y sencillamente desestimó la demanda por considerarla insuficiente, a la práctica ante la Audiencia, donde lo rechazable fue la incorrecta práctica de la prueba imputable a la Audiencia (que condujo a la desestimación).

En nuestra opinión, la desestimación de la demanda como solución de reemplazo en caso de crisis probatoria se explica mejor sobre los presupuestos tradicionales y peor desde el presupuesto constitucional:

a) Planteada por la doctrina o por la jurisprudencia la desestimación como solución de reemplazo parece indisociable de los presupuestos tradicionales de la prueba. Por una parte, es consecuencia de una postura maximalista de la opción por la naturaleza fáctica del Derecho extranjero. En este sentido, la lógica que siguen los Tribunales es la siguiente: el Derecho extranjero es hecho luego ante la falta de prueba procede la desestimación de la demanda. En realidad la deses-

esta solución fue acogida como respuesta a una actuación negligente de la parte, que se entendía próxima al fraude; es decir, ante la falta de prueba pero mediando buena fe, aplicación de la *lex fori*, ante la falta de prueba y mediando mala fe, desestimación de la demanda (en relación expresa a la falta de prueba, A. PONSARD, “L’office du juge et l’application du droit étranger”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, n° 4 1990, p. 617; en el caso en que se discuten derechos sobre los que la parte no tiene la libre disposición B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, París, LGDJ, 1997, pp.184-186). En la actualidad, la doctrina francesa sigue apoyando esta solución si bien especializando aún más la respuesta: cabrá desestimar si se trata de un supuesto en que la parte no tiene libre disposición de los derechos en causa y no prueba por fraude a la ley extranjera (P. MAYER, *Droit international privé*, 5ª ed., París, Montchrestien, 1994, pp. 129-132; B. AUDIT, *Droit international privé*, 2ª ed., París, Economica, 1997, pp. 242-243; H. BATIFFOL y P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.1, 8ª ed., París, LGDJ, 1993, pp. 544-546). Sobre la evolución de la jurisprudencia francesa *vid.* el interesante debate de *Trav. com. fr. dr. int. pr.* 1990/91, París, Pedone, 1992, pp. 19-43.

(51) Cf. B. AUDIT, *op. cit.*, p. 242, en el caso de imposibilidad de prueba, J.C. FERNANDEZ ROZAS, “Art. 12.6 ... *loc. cit. op. cit.*”, p. 998, F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *op. cit.*, p. 68; en concreto, respecto a la prueba cf. J. MASEDA RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 196.

timación es llevar hasta el final la identificación con los hechos; por eso, desde una lógica estrictamente procesal no es una solución errática. Pero curiosamente a la misma solución se llega desde una postura maximalista de defensa del carácter jurídico del Derecho extranjero. Aquí, el problema se presenta claramente en términos de alegación. La desestimación entonces funciona como un mecanismo de defensa de la norma de conflicto, es decir, si la parte no alega el Derecho extranjero aplicable, provocando una frustración en sede procesal de la aplicación de la norma de *conflicto*, la desestimación actuaría como consecuencia jurídica de la voluntad (punible) de inaplicación del Derecho extranjero (52). Esta postura vale para el que no discrimina situaciones según haya o no libre disposición, pero también para el que discrimina en lo que concierne a aquéllas sobre las que la parte no tiene libre disposición. De esta forma, desestimar sería el medio más seguro de garantizar que el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto entrara en el proceso. Sin embargo, si existe alegación pero no prueba, la desestimación pierde este sentido (53). Si hay alegación, la voluntad de la parte de respetar la norma de conflicto es expresa. Falla su diligencia, la colaboración del juez o, sencillamente, los costes de la información del Derecho extranjero hacen que la operación sea deficitaria y por tanto desaconsejable. Pues bien, en ninguno de estos casos se ve qué corrige la desestimación de la demanda. Vuelta a empezar se plantearía el problema en los mismos términos. En suma, al margen de otras consideraciones, la desestimación está pensada como respuesta en sede de alegación; en sede de prueba no tiene sentido.

b) Desde el presupuesto constitucional la desestimación como solución de reemplazo abre algunos interrogantes. Ya se ha indicado que la crítica más interesante a esta solución es la que parte de considerar que vulnera la tutela judicial efectiva. Esta valoración podría considerarse excesiva en cuanto la desestimación de la demanda no produzca efecto de cosa juzgada, por ejemplo, en una demanda de separación. Ahora bien, en el mejor de los casos, la desestimación

(52) Por esto y pese a rechazarla como solución, F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ reconoce que en términos (sólo) lógicos la desestimación es la consecuencia coherente con la imperatividad de la norma de conflicto, salvo en caso de imposibilidad objetiva (*ibid.*, pp. 30 y 32 y ya en Sent. TS (Sala 1^a) de 17 de diciembre de 1991 ... *loc. cit. op. cit.*, pp. 242-243).

(53) Por eso tampoco tiene sentido para la alegación si el sistema encarga al juez el conocimiento de oficio del Derecho extranjero o en aquellos casos en que se ha interpretado que el juez tiene el deber de conocer el Derecho extranjero (por ejemplo, si la parte no tiene libre disposición del derecho en causa).

obliga a un nuevo proceso, lo cual no parece que se concilie con el principio de economía procesal. En línea con la eficacia de la tutela, la desestimación por falta de prueba del Derecho extranjero tiene muchas posibilidades de conducir el asunto a un punto muerto pues en un nuevo proceso la prueba del Derecho extranjero se presentaría en condiciones similares. Entonces es innegable la denegación de justicia: cuando la desestimación provoca de hecho una situación claudicante. Por esto, volviendo a la Sentencia del TC, en nuestra opinión la vulneración del art. 24 se produce por cuanto se quiebra la tutela judicial efectiva pero no sólo por violación del derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) sino igualmente porque, en la práctica, de admitirse la desestimación de la demanda por prueba insuficiente aunque correctamente practicada, se provocaría una situación claudicante que supondría una violación del derecho de acceso a la justicia y a una decisión sobre el fondo. En resumen: en el caso resuelto por el TC, la demandante no podría separarse en España teniendo nuestros Tribunales competencia.

C) La *lex fori* como solución de reemplazo

El recurso a la *lex fori* suele ser la solución preferida por los jueces (54). Las razones que apoyan esta opción han sido largamente tratadas por la doctrina (55). En concreto, respecto del ordenamiento español ha sido considerada como la solución "implícita" en caso de impracticabilidad (56). Las críticas fundamentales a esta propuesta

(54) No así por nuestra DGRN que ante la imposibilidad de determinar el contenido del Derecho extranjero tiende a denegar la inscripción (cf. J.C. FERNANDEZ ROZAS, "La aplicación ... *loc. cit. op. cit.*", p. 180).

(55) A título de norma básica o residual (concepto desarrollado por A.A. EHRENZWEIG, *Private International Law*, 1, 2ª ed., Leyden, Oceana, 1972, pp. 187-190; la idea vista por un crítico en G. KEGEL, "The Crisis of Conflict of Laws", *R. des C.*, t. 112, 1961-II, pp. 208-236, especialmente p. 224) u otros conceptos afines: vocación subsidiaria, competencia general (*vid.* P. LALIVE, *loc. cit. op. cit.*, pp. 154-221, que lo plantea en términos de primacía de la *lex fori* desde un punto de vista procesal y de fondo). La *lex fori* como solución de reemplazo ha sido justificada también a título de presunción de equivalencia con la ley extranjera aplicable (cf. L. COLLINS (ed.), *Dacey and Morris ... op. cit.*, p. 232), aunque en realidad la presunción debería ser de diferencia (cf. M. RUBINO-SAMMARTANO, *loc. cit. op. cit.*, p. 334). Un resumen de argumentos a favor y en contra *vid.* M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, "La ausencia ... *loc. cit. op. cit.*", p. 88-113.

(56) Cf. J.C. FERNANDEZ ROZAS, "Art. 12.6 ... *loc. cit. op. cit.*", pp. 1000-1002 (con las matizaciones expresadas en p. 1002). Preferida también desde el Derecho procesal

se formulan desde la óptica de la norma de conflicto. En efecto, esta solución es plana, sin matices, destruye la lógica conflictual y pone en entredicho de forma general la eficacia de esta técnica. Es una afrenta para el principio programático de igualdad *lex fori*-Derecho extranjero y para el concepto de justicia conflictual (57). Por todo ello, es especialmente distorsionador plantear una solución de este tipo si la prueba se califica como problema del sector del Derecho aplicable mientras que el sector del Derecho procesal internacional ofrece otra perspectiva para valorar esta solución. La igualdad *lex fori*-Derecho extranjero y la justicia conflictual relativizan su valor en el sector del Derecho procesal en el que, por definición, no son protagonistas. Sin embargo, sí es consustancial al sector la obligación del juez de dar una decisión sobre el fondo. Frente a la desestimación de la demanda el recurso a la *lex fori* presenta la ventaja de que tiene más visos de tolerar el test constitucional por cuanto garantiza una decisión sobre el fondo. Frente a las soluciones conflictuales presenta la ventaja de que es seguro que resuelve el problema, es decir, que es una solución de reemplazo. Por último, y pese a que es claro que el recurso a la *lex fori* no es la solución querida por la norma de conflicto, también es cierto que no es ajena al método de atribución. Más aún, en la práctica es probable que resultara designada si se recurriera a otros mecanismos *a priori* más respetuosos con la técnica conflictual. Pensemos que el ordenamiento del foro tiene necesariamente alguna vinculación con el supuesto; de lo contrario no habría foro (58). Por tanto, la *lex fori* es necesariamente una ley próxima. De hecho, dada una norma de conflicto con

por oposición a otras "bellas tesis internacionalistas" V. CORTES DOMINGUEZ, *op. cit.*, pp. 65-66, en caso de imposibilidad pero también a falta de prueba, en tanto que "regla de juicio" contenida en el art. 12.6.º II Cc, *ibid.* p. 73. La aplicación de la *lex fori* por falta de acreditación del Derecho extranjero es una manifestación más de la correlación *forum-ius* (cf. J.D. GONZALEZ CAMPOS, "Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho internacional privado. Caracterización y dimensiones del problema", *ADI*, 1977-1978, vol. IV, p. 108).

(57) A parte de otras cuestiones como las derivadas del hecho de que la *lex fori* sea la de un Estado plurilegislativo N. BOUZA VIDAL en Nota a las Sents. Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Badalona de 15 de abril de 1988, *REDI*, 1990-48-Pr y Aud. Prov. Barcelona de 6 de abril de 1989, ... *loc. cit. op. cit.*, pp. 270-271 y sobre las mismas J.C. FERNANDEZ ROZAS, "Art. 12.6 ... *loc. cit. op. cit.*, p. 999.

(58) Especialmente a la luz de la nueva LEC por cuanto el art. 36.2. 3º establece el control de oficio en el caso de rebeldía del demandado. Recuérdese que el problema se presentaba en una de las sentencias que acogen la desestimación de la demanda, Sent. Audiencia Provincial de Bilbao de 31 de julio de 1991, ... *loc. cit. op. cit.*, con nota de J. CARRASCOSA GONZALEZ, que destaca esta vinculación p. 669.

pluralidad de conexiones, es fácil imaginar que la *lex fori* resultara competente por alguna de ellas (59).

El Derecho comparado es ilustrador en este sentido pues se aprecia una tendencia a positivizar una solución de reemplazo. Hay que destacar que en estos casos la solución se asocia expresamente a la ausencia de prueba y que suele optarse por la aplicación de la *lex fori* (60). Así ocurre en el ordenamiento inglés (61) o en el italiano (62). Estos son dos ejemplos de igual respuesta que parten de dos concepciones distintas de la alegación: en el ordenamiento inglés corresponde a las partes y en el italiano al juez. Otros ejemplos son también la Ley suiza de DIPr de 18 de diciembre de 1987 (63), la Ley austríaca de 15 de junio de 1978 (64), etc. (65). De hecho, debe recordarse que una solución similar se propuso en la elaboración de nuestro art. 12.6.II Cc (66).

(59) Cf. B. AUDIT, *op. cit.*, p. 244. Sin embargo, la posibilidad de que no haya conexión sirve en la doctrina alemana para excepcionar la aplicación de la *lex fori* como solución de reemplazo (cf. J. KROPHOLLER, *Internationales privatrecht*, 3ª ed., Tubinga, Mohr, 1997, pp. 197-198). Para F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *op. cit.*, p. 74, a igual solución se puede llegar por las conexiones en cascada que es “una vía dogmáticamente más correcta”.

(60) Excepción es el ordenamiento portugués, *vid. infra*.

(61) “Rule 18-(1) In any case to which foreign law applies, that law must be pleaded and proved as a fact to the satisfaction of the judge by expert evidence or sometimes by certain other means. (2) In the absence of satisfactory evidence of foreign law, the court will apply English law to such a case” (el texto en L. COLLINS (ed.), *Dicey and Morris ... op. cit.*, p. 221).

(62) *Vid infra*

(63) “Art. 16: IV. Constatación del Derecho extranjero: 1. El contenido del Derecho extranjero se determina de oficio. A tal efecto, puede ser requerida la colaboración de las partes. En materia patrimonial, la prueba podrá ser desplazada a la carga de las partes. 2. El Derecho suizo se aplicará si el contenido del Derecho extranjero no pudiese ser determinado” (el texto en J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.*, p. 697).

(64) “Art. 4.-Investigación del Derecho extranjero (1). El Derecho extranjero debe ser investigado de oficio. Los medios admitidos a este propósito son también la colaboración de las partes, los informes del Ministerio Federal de Justicia y las opiniones de expertos (2). Si el Derecho extranjero, a pesar de todos los esfuerzos intensivos, no pudiese ser conocido en un plazo razonable, deberá ser aplicado el Derecho austríaco” (*ibid.*, pp. 65-66).

(65) En Hungría, el art. 5.3 del Decreto-Ley núm. 13/1979 sobre el DIPr (*ibid.*, p. 438); en Turquía el art.2 de la Ley 20 de mayo de 1982, sobre el DIPr y el Procedimiento internacional (*ibid.* p. 777), en Polonia art. 7 de la Ley de 12 de noviembre de 1965, sobre el DIPr (*ibid.* p. 568).

(66) Propuesta de A. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO: “En la imposibilidad de determinar el contenido del Derecho extranjero aplicable, se dará aplicación a las disposiciones del Derecho español” (cf. J.C. FERNANDEZ ROZAS, “Art. 12.6 ... *loc. cit. op. cit.* pp. 987 y 1001). Sobre este proceso *ibid.* pp. 983-988 y J.A. CARRILLO SALCEDO, *loc. cit. op. cit.*, pp. 445-449.

La acogida de esta solución en algunos ordenamientos hace posible una lectura más completa del hipotético test de constitucionalidad por cuanto permite afirmar que una decisión dictada en España que resolviera conforme a la *lex fori*, aplicada en defecto de prueba del Derecho extranjero sería conforme a los cánones de “tutela judicial efectiva” del Estado requerido, si llegara el momento del reconocimiento en aquellos sistemas. Es decir, el recurso a la *lex fori* aseguraría que, en lo que interesa a la tutela judicial, se estaría dictando una decisión con eficacia extraterritorial.

2. Solución de reemplazo y obligaciones del juez

A) Planteamiento

En relación con la actuación del juez, la Sentencia del TC resulta del mayor interés. El TC sostiene que el caso “a la luz de las garantías contenidas en el art. 24.1 CE, hubiese exigido de los órganos judiciales ... una más activa participación en la consecución de dicha prueba”, en atención a que el Derecho extranjero es un hecho “peculiar” y “dadas las singularidades del caso de autos”. Efectivamente el asunto presentado al TC es extremo: la pregunta es si en un caso tipo puede derivarse del art. 24.1 CE esta obligación. Es decir, ¿es preciso que la práctica de la prueba sea muy costosa, que la parte sea extremadamente diligente, que los dos órganos jurisdiccionales interesados exijan prueba plena, que se pierdan las comisiones rogatorias, etc. para que el art. 24.1 CE obligue a un comportamiento determinado al juez?. Igualmente el TC señala que la ley faculta al juez para la participación “sin que en momento alguno del procedimiento se de razón de por qué no se acudió a otras medidas complementarias”; lo cual conduciría a apreciar una falta de motivación, en este caso no de una actuación sino de una no actuación. ¿Quiere esto decir que dadas circunstancias muy especiales, el art. 24.1 CE comporta sólo una inversión de la carga de la argumentación de forma que el juez debe motivar su no actuación para que ésta sea conforme a la tutela judicial de la parte?. En el caso esta afirmación resulta especialmente compleja por cuanto la Audiencia sí participó en la información del Derecho extranjero (solicitada su colaboración a tal efecto, la Audiencia pidió información por dos veces) y fue precisamente “el tiempo transcurrido” en este trámite lo que llevó a la Audiencia a dictar sentencia sin mayor dilación. En realidad, siguiendo el razonamiento del TC se llegaría a la paradoja de que la causa última

de la situación de indefensión final deriva de la colaboración del juez en la investigación del Derecho extranjero. Por último, llama la atención la falta de relación de este problema con la solución de reemplazo. Es decir, el hecho de que el asunto se cierre con la desestimación de la demanda no parece tener relevancia al efecto de observar la posible incompatibilidad de la actuación del juez con el art. 24 CE (sobre la desestimación de la demanda se habla en párrafo aparte y se afirma que la frustrada prueba (no la inacción del juez) causó perjuicios por cuanto concluyó en la desestimación de la demanda).

Las afirmaciones hechas por el TC sobre la actuación del juez son el ejemplo perfecto de la valoración inicial hecha en conjunto a la Sentencia: por una parte tiene interés en cuanto afirma (algo que parece claro) que la facultad del juez se debe entender en relación con la Constitución y, por otra parte, parece limitar su eficacia al condicionarla a las circunstancias extraordinarias que concurren en el caso. En nuestra opinión, es fundamental el punto de partida asentado por el TC, esto es, que el art. 24 CE conforma la facultad del juez respecto a su participación en la prueba del Derecho extranjero. Pero parece que sin excesivo riesgo, de ahí se puede deducir un cuadro más completo: la facultad del juez entraña obligaciones de comportamiento que se manifiestan en el momento de la información y en el de la valoración de la prueba y además, en función de la obligación de resultado, el juez puede estar obligado a un plus de comportamiento. Por tanto, la Sentencia del TC es tímida pues sólo se refiere a la primera: obligación de comportamiento en el momento de la información, con independencia del resultado y vinculada a circunstancias especiales.

B) Obligaciones de comportamiento

Respecto a la práctica de la prueba del Derecho extranjero, el juez tiene, con independencia del resultado, una obligación de no hacer. El juez no puede dificultar o impedir la práctica de una prueba admitida. Este es precisamente el acto que es objeto de amparo en la Sentencia del TC por cuanto la práctica de la prueba se frustró por la actuación del órgano jurisdiccional. Y parece que esto puede afirmarse en circunstancias ordinarias. En este sentido, el principio de flexibilidad en la prueba no sólo puede referirse a su práctica por el juez sino también a las condiciones que el juez establece para la práctica de la prueba realizada por la parte (siendo aquello lo más y esto lo menos). La flexibilidad en los medios incorporada en la ley puede traducirse además

de forma general en una disposición a facilitar la práctica de la prueba a la parte, en proporción a la dificultad objetiva de tal prueba; por ejemplo, adecuando los plazos a las necesidades de la prueba. Lo anterior es especialmente válido si consideramos el nuevo art. 281.2 LEC cuyo tenor literal elimina la expresa carga de la prueba a la parte.

Respecto a la valoración de la prueba del Derecho extranjero, con independencia del resultado, el art. 24 despliega una obligación de proporción y racionalidad. Esto exige ponderar las posibilidades reales de información. En este sentido existen criterios objetivos de valoración; por ejemplo, la aplicabilidad al caso de los Convenios que facilitan la información del Derecho extranjero. La doctrina ha llamado la atención sobre la exigencia de prueba máxima por parte de nuestra jurisprudencia y ha superado este planteamiento con el principio de probabilidad de su contenido y vigencia (67). En nuestra opinión la exigencia de certeza absoluta acerca del Derecho extranjero es además constitucionalmente sospechosa a la luz de la regla de interpretación más favorable al derecho ya que no se entiende por qué ante el vacío legal, los jueces han optado por entender que la prueba exigida es plena en vez de semiplena (68). Dadas las circunstancias esta es la única interpretación proporcionada y eficaz, la única que puede dar una oportunidad al óptimo de la norma de conflicto (la aplicación del Derecho extranjero). En su Sentencia el TC no pone en duda la valoración de los dos órganos jurisdiccionales pero sí destaca determinados datos que evidencian un excesivo rigor en este punto, lo cual puede interpretarse como una implícita crítica a la exigencia de certeza (69).

(67) Sent. Aud. Prov. de Granada de 12 de febrero de 1992 destacada por J.C. FERNANDEZ ROZAS y S. SANCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 232. Ya antes en Sent. TS de 12 de noviembre de 1976 (cf. V. CORTES DOMINGUEZ, V. GIMENO SENDRA y V. MORENO CATENA, *op. cit.*, p. 208). Lo contrario es "exagerado" (A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, Comares, 1999, p. 216). Como clave para seguir buscando la solución en el propio Derecho reclamado F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p.61, también defendido en el concreto caso de dudas respecto a la constitucionalidad de la norma reclamada por J. MASEDA RODRIGUEZ, *op. cit.*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 197-199. El hecho de que el art. 12.6.II Cc utilice el término "acreditar" y no "probar" es indicio de esta "mayor suavidad" en la obligación (entre otros cf. V. CORTES DOMINGUEZ, *op. cit.*, p. 68).

(68) Cf. V. CORTES DOMINGUEZ, V. GIMENO SENDRA y V. MORENO CATENA, *op. cit.*, p. 208.

(69) Por ejemplo, en cuanto afirma que la vigencia del Derecho extranjero quedó probada en el proceso ante la Audiencia o destaca el hecho de que en la traducción en instancia colaboró una traductora designada por el propio Juzgado.

C) Obligaciones de comportamiento en función de la solución de reemplazo

Más allá de estas obligaciones que son de pura lógica la cuestión está en determinar hasta qué punto del art. 24 de la Constitución deriva una obligación de hacer para el juez en función del resultado. Como ya se ha dicho, entendemos que el art. 12.6.II Cc y el nuevo art. 281.2 LEC no aportan nada en este sentido pues no hablan de la obligación sino de los medios de prueba. En función del resultado las opciones posibles son las siguientes:

1º) Si el juez se limita a no entorpecer la práctica de la prueba y valora razonablemente la prueba practicada (obligaciones básicas) y así se concluye en la aplicación del Derecho extranjero, no parece que puede predicarse otra obligación para el juez pues el resultado es el óptimo: una decisión sobre el fondo, razonable y la más adecuada al sistema de fuentes.

2º) Hay que considerar, en hipótesis, que el proceso termine con la desestimación de la demanda. Como ya se ha dicho, en nuestra opinión la desestimación de la demanda es difícilmente compatible con el art. 24 CE en cuanto genere una situación claudicante contraria a la tutela judicial efectiva por lo que en caso de que el juez optara por esta solución su actuación diligente sería imperativa. De lo contrario, la situación claudicante sería debida al juez doblemente: por determinar la consecuencia jurídica (desestimación) y por coadyuvar al supuesto de hecho (prueba insuficiente).

3º) Si el juez sustituye la aplicación del Derecho extranjero por una solución conflictual ha de procurarse la información del Derecho extranjero. Parece claro que el juez no puede trasladar a la parte la obligación de probar un Derecho extranjero que no ha alegado (más aún, que de poder alegar, tal vez no alegaría). De hecho, debe recordarse que los sistemas que positivizan esta solución la asocian a un sistema de aplicación de oficio del Derecho extranjero (ejemplos italiano y portugués). Si tampoco se consigue prueba suficiente de este segundo Derecho permanece la obligación de garantizar una solución de reemplazo. Esta obligación deriva del art. 24 CE por cuanto es obligación del juez que la solución de reemplazo acogida no genere una situación claudicante (imposibilidad de un segundo Derecho extranjero, de un tercero, etc.).

4º) El caso más particular es aquél en que el juez concluye en la aplicación de la *lex fori*. Ya se ha indicado que esta solución parece compatible con el mandato del art. 24 CE y que además parece una

respuesta adecuada porque realmente proporciona una solución de cierre al problema evitando potenciales situaciones claudicantes. En nuestra opinión, en este caso, inducir del art. 24 una obligación para el juez depende de la forma en que se entienda la regla de interpretación más favorable al derecho protegido. Si se acoge la explicación según la cual esta regla conduce a interpretar la norma de forma que consiga la realización óptima del derecho, el juez tendría la obligación de agotar antes las posibilidades de prueba del Derecho extranjero pues sólo así se conseguiría la decisión sobre el fondo "más" ajustada al sistema de fuentes establecido (aplicación del Derecho extranjero). Si se acoge la explicación según la cual lo que se pide es que la interpretación de la norma garantice el derecho protegido, no sería exigible actividad al juez por cuanto, pese a su inacción, la solución de reemplazo garantiza una decisión ajustada al sistema de fuentes (70).

3. Solución de reemplazo, obligaciones del juez y actuación de la parte

A Planteamiento

Por último se ha de observar si y en qué medida la actuación de la parte puede modificar los términos en que se presenta la prueba insuficiente ante el art. 24 CE, es decir, lo que interesa es estrictamente si la actuación de la parte puede calibrar los efectos del art. 24 CE respecto a la práctica de la prueba. No entramos por tanto en los aspectos de gran interés que esta actuación puede suscitar en sede de legalidad ordinaria. Con esta perspectiva limitada, se plantean dos tipos de cuestiones. La primera se refiere a si las afirmaciones hechas anteriormente respecto a la solución de reemplazo y obligaciones de comportamiento del juez en función del art. 24 CE están condicionadas por la actuación de la parte. Junto a esto hay que valorar si la respuesta varía según el objeto del proceso esté o no fuera del poder de disposición de las partes. La segunda se refiere a la posibilidad de que la parte o las partes señalen cuál es la solución de reemplazo que eligen en defecto

(70) Respecto a otro aspecto de la tutela judicial efectiva la cuestión ya se ha planteado: el derecho de acceso a la justicia. Defiende una postura maximalista I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZO JIMENEZ y G. FERNANDEZ FARRERES, *op. cit.* En contra, F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, "La interpretación más favorable al derecho fundamental (Comentario breve a BORRAJO INIESTA/DIEZ-PICAZO JIMENEZ/ FERNANDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*)", *Derecho internacional privado y Constitución*, n° 8, 1996, pp. 419-427; el autor se muestra partidario de la lectura minimalista de la regla de interpretación más favorable en general, cf. *op. cit.*

de prueba insuficiente. En este caso lo que interesa es determinar si la respuesta del juez a esta elección, problema de legalidad ordinaria, puede llegar a plantear un problema de relevancia constitucional.

B Actuación procesal de la parte

La práctica de la prueba del Derecho extranjero presenta dos aspectos: el resultado obtenido y el comportamiento de la parte. El resultado obtenido puede ser la ausencia de prueba o la obtención de una prueba que resulta insuficiente (aun mediando una valoración razonable y proporcionada). No parece que haya criterio jurídico suficiente para tratar de forma distinta uno y otro caso ya que el vicio de la prueba es igual en los dos: no consigue el convencimiento suficiente del juez. Más posibilidades abre el comportamiento de la parte o las partes. Un inciso: la costumbre es hablar de actuación de una parte. Las causas: el tópico de que prueba el que alega unido a la doctrina de los hechos admitidos. Esto supone que tradicionalmente la prueba del Derecho extranjero es problema en caso de rebeldía o de contradicción entre las partes respecto al contenido y vigencia del Derecho extranjero convocado (71). La nueva regulación dada por el art. 281.3 LEC obliga a que en caso de derechos ajenos a la libre disposición de las partes el Derecho extranjero resulte probado aún en un supuesto de hechos admitidos. Hecha la salvedad en atención a la no disponibilidad del objeto del litigio la prueba será necesaria aunque no exista contradicción. Esto cuadra con la letra del apdo. 2 del mismo precepto por cuanto se formula como una pasiva en la que omite el agente ("El Derecho extranjero deberá ser probado ...") y del hecho de que deje abierta la posible interpretación de que es el juez al que le corresponde la prueba. Esto no supone un inmediato y general desplazamiento al juez de la obligación de información en el caso cubierto por el art. 281.3 LEC porque si las partes tienen interés en esta aplicación actuarán con diligencia para conseguir esta prueba.

Decíamos que parece más interesante observar el comportamiento de la parte en la práctica de la prueba que el resultado obtenido. Es habitual en la doctrina vincular las potenciales obligaciones del juez a una mínima actuación diligente por la parte respecto a la práctica de la prueba de forma que incluso aquellos que defienden la participación

(71) No el caso en que lo que se discute es que sea ese el ordenamiento convocado (problema de la norma de conflicto o de alegación).

del juez en la indagación del Derecho extranjero presuponen en alguna medida la previa actividad probatoria de la parte (72). De esta forma, se argumenta que no es lo mismo que la parte actúe con diligencia o que no lo haga. Al límite se dirá que no es lo mismo que la parte actúe con diligencia y consiga una prueba insuficiente a que no aporte prueba alguna. Sin embargo, no se ve en qué afecta esa diferencia al derecho de la parte a una decisión sobre el fondo, razonable y adecuada al sistema de fuentes o al derecho a valerse de los medios de prueba que estime convenientes pues la consecuencia jurídica de una actuación negligente no puede ser la modificación del contenido de tales derechos cuando para llegar a una crisis probatoria se precisa tanto la inacción o acción frustrada de la parte como la del juez. En nuestra opinión esta discriminación en función de la diligencia de la parte arranca de la asociación alegación-prueba por cuanto se relaciona la falta de diligencia en la práctica de la prueba con una voluntad de fraude a la norma de conflicto que se reputa punible. Y no es así. La alegación es la expresión de voluntad. Si la parte alega el Derecho extranjero y pide el recibimiento del pleito a prueba ya lo ha introducido en el debate procesal (73).

La Sentencia del TC nos brinda un ejemplo perfecto. El TC insiste en destacar la extrema diligencia con que actuó la parte; de hecho, parece que ésta es una de las principales singularidades del caso. Imaginemos ahora que la parte se hubiera limitado en Primera Instancia a alegar el Derecho extranjero y pedir el recibimiento del pleito a prueba, solicitando para ello la colaboración del juez (lo que hizo ante la Audiencia). Siendo el resto de circunstancias las mismas ¿cabría otra

(72) Sólo como ejemplo recordemos V. CORTES DOMINGUEZ, *op. cit.*, p. 74, autor de corte "projudicialista" en cuanto al problema del Derecho extranjero en el proceso, que valora positivamente el uso en tal sentido de las diligencias para mejor proveer porque así "sólo podrá usarse cuando las partes hayan realizado alguna actividad tendente a aportar al proceso ese Derecho extranjero". Recuérdese la referencia a J.C. FERNANDEZ ROZAS y S. SANCHEZ LORENZO, *op. cit.* pp. 240-241, respecto a su lectura del art.12.6.II Cc precisamente por esta razón (*vid. infra*).

(73) Si se considera que el TC ha vinculado la subsanación de un defecto procesal a que éste sea subsanable y a que la parte no haya actuado con negligencia (A. FIGUEROLO BURRIEZA, *op. cit.*, pp. 90-91) no parece claro que esta doctrina pueda ser trasladable a un caso de crisis probatoria. Esto sería posible si no existiera siquiera alegación (auténtica "negligencia") pero si existe alegación y no prueba, la parte simplemente ha puesto sobre la mesa la interpretación de una norma que es susceptible de diversas interpretaciones (lo es abiertamente el art. 281.2 LEC pero también el art. 12.6.II Cc). Y lo que parece es que para aplicar aquella doctrina del TC es imprescindible que sea incuestionable que la negligencia de la parte es la causa del defecto procesal.

respuesta presentado el recurso de amparo por vulneración del art. 24 CE? Ya se ha expresado que para apreciar vulneración de la tutela judicial efectiva por indefensión (prohibición de indefensión del art. 24.1 CEE) el TC ha exigido diligencia de la parte. Admitiendo que esto fuera trasladable a una crisis probatoria como es el caso ¿cabría decir lo mismo de los derechos antes citados: derecho a una decisión sobre el fondo y derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes?. En nuestra opinión, la diligencia o no de la parte no altera la obligación del juez de asegurar una solución de reemplazo adecuada, ni las obligaciones de comportamiento independientes del resultado (respecto a la información y la valoración). Si el juez opta por una solución de tipo conflictual estará obligado a informarse del nuevo Derecho extranjero reclamado y si opta por la *lex fori* esto dependerá de la interpretación que demos a la regla de la interpretación más favorable al derecho. Si una parte alega el Derecho extranjero en el proceso y no lo prueba simplemente asume el riesgo de que se le aplique la *lex fori* como solución de reemplazo (74) o se desestime su demanda y ello con independencia de la diligencia mostrada para lograr la práctica de la prueba pues corre el mismo riesgo si actúa con diligencia y no consigue una prueba convincente.

Lo que más interesa es observar si lo dicho también sirve visto el criterio de la libre disposición por las partes del objeto del litigio. ¿Cabe deducir obligaciones más estrictas derivadas del art. 24 CE para el caso en que el objeto del litigio en función de que se discutan derechos de libre disposición o no? Aunque el sistema español no utiliza de momento este criterio discriminador respecto al Derecho extranjero, ya hemos dicho que indirectamente aparece en el art. 281.3 LEC que recoge la exención de prueba en el caso de hechos admitidos "salvo en los casos en que la materia objeto del proceso está fuera del poder de disposición de los litigantes". Tal y como ha justificado la doctrina, que lo ha desarrollado sobradamente, este planteamiento establece una doble guía de interpretación del problema de la alegación del Derecho extranjero (75). Sin embargo, por lo que respecta al limitado punto de vista que nos ocupa (crisis probatoria y art. 24 CE) no parece que este criterio altere lo ya dicho (76). El mismo razonamiento serviría para

(74) Cf. F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *op. cit.*, p. 51.

(75) A partir de la jurisprudencia francesa, *vid.* por todos B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.* Sin embargo, como demuestra el autor más que una doble guía el criterio de la libre disposición del derecho establece la obligación del juez respecto al Derecho extranjero como regla habitual.

(76) En contra *ibid.* pp. 181-190, que establece un contenido diferente para el caso

aquellos supuestos señalados por la doctrina en que la aplicación del Derecho extranjero tampoco sería disponible no tanto por el objeto como por la norma de conflicto en que trae causa (77).

a) La obligación de proporcionar una solución de reemplazo se predicaría en los términos ya expuestos. La posibilidad de que se produzca una crisis probatoria es independiente de que la materia sea de libre disposición o no. Y la opción por una u otra solución de reemplazo es independiente de que la materia sea de libre disposición: el óptimo en los dos casos es la aplicación del Derecho extranjero y en los dos casos la imposibilidad de su aplicación plantea el problema en idénticos términos.

b) Lo mismo cabe decir respecto a las obligaciones de comportamiento del juez con independencia de la solución de reemplazo. Respecto a la información y valoración de la prueba las obligaciones del juez se predicarían en los términos ya expuestos. Son obligaciones de pura lógica, mínimas, independientes de la materia objeto del litigio.

c) Respecto a las obligaciones del juez en función de la solución de reemplazo es claro que se mantiene su obligación de investigación del Derecho extranjero si no opta por recurrir a la *lex fori* y ello con independencia de que la materia sea de libre disposición o no.

d) Si el juez opta por la *lex fori* como solución de reemplazo ya hemos indicado que su obligación respecto a la investigación del Derecho extranjero dependerá de la interpretación que se de a la regla de

en que la falta de prueba se produzca en un litigio en el que se debate un derecho de libre disposición de las partes o no.

(77) Según F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *op. cit.*, pp. 56-58, es el caso de una norma materialmente orientada o si la norma reclamada es una norma de intervención. Según J.C. FERNANDEZ ROZAS y S. SANCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 242, a éstos hay que añadir el caso en que se trate de una norma de conflicto de origen convencional. En extenso, sobre estos casos *vid.* B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.* Tampoco cabría "pasividad" respecto al control de constitucionalidad de la ley aplicable (cf. J. MASEDA RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 127). Otros autores añaden el caso en que el Derecho designado sea el de un Estado de la Unión Europea (cf. J.L. ALBACAR LOPEZ y M. MARTIN-GRANIZO FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 245 y A. AZPARREN LUCAS, "Nuevas perspectivas del papel del juez frente a la aplicación judicial del Derecho extranjero", *Problemas actuales de aplicación del DIPr por los jueces españoles*, Col. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 1997, pp. 214-215). En relación con este último supuesto, es sumamente interesante la Sent. Aud. Prov. de Barcelona (Sección 14), de 7 de diciembre de 1998 (pub. *AEDIPr*, T. 0, 2000, en prensa, con Observaciones de P. DE MIGUEL ASENSIO). En el caso, la norma de conflicto determina la aplicación del Derecho alemán, que no había sido alegado ni probado por la parte, con la peculiaridad de que afectaba a un sector ya armonizado mediante Directiva comunitaria.

interpretación más favorable al derecho. En nuestra opinión puede argumentarse a favor de una interpretación u otra de esta regla pero no parece que el criterio pueda ser distinto en función de la materia objeto del litigio.

C) Autonomía de la voluntad y solución de reemplazo

La segunda pregunta que planteamos es si puede la parte "orientar" la solución de reemplazo en caso de crisis probatoria. Esto ocurre precisamente en el supuesto resuelto por la Sentencia del TC. En este caso, la parte pidió en la demanda la aplicación de la *lex fori* en defecto de prueba del Derecho designado por la norma de conflicto y tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia obviaron esta pretensión y prefirieron la desestimación de la demanda. Respecto a este punto el TC señala simplemente que la parte pidió tal aplicación subsidiaria "con el objeto de evitar todo riesgo de indefensión, cuestión ésta que fue soslayada tanto por el Juez de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial". Pero no dice nada más. ¿Puede tener alguna relevancia para el art. 24.1 CE esta elección de la solución de reemplazo?

La "elección" por la parte de la solución de reemplazo en caso de falta de prueba del Derecho extranjero es una cuestión de prueba. Tal y como hemos planteado la prueba, esta elección es un problema de Derecho procesal internacional. Por tanto no cabe asociarle consecuencias respecto del método de atribución (no es una elusión de la norma de conflicto). No cumple una función localizadora; por esto este expediente es distinto de otros que se manifiestan en sede de alegación como la no alegación del Derecho extranjero o el *accord procedural* consagrado en la legislación francesa (78). Con independencia de las serias dudas que esta elección pueda plantear en sede de Derecho procesal, desde el punto de vista del art. 24 CE hay también zonas oscuras.

Respecto a la solución de reemplazo no parece que la elección por la parte de la *lex fori* contraríe el derecho de tutela judicial efectiva. Más aún, como en la propia Sentencia del TC se afirma, este puede ser un mecanismo preventivo de defensa de este derecho. En qué casos y hasta qué punto cabría plantear la autocomposición parece cuestión de

(78) Vid. B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, pp. 245 y ss. o D. BUREAU, "L'accord procédural à l'épreuve", *Rev. crit. dr. int. pr.*, n° 4, 1996, pp. 587-619.

legalidad ordinaria. Pero ¿podría la parte solicitar otra solución de reemplazo? Ya hemos dicho que la desestimación no parece constitucionalmente adecuada en cuanto provoque una situación claudicante. Pero es una situación claudicante en España; es el sistema español el que habiéndose declarado competente no puede dar respuesta a la pretensión de la parte conforme al Derecho reclamado. En estas condiciones no cabe que se obligue a la parte a acudir a otros Tribunales para conseguir lo que garantiza nuestro ordenamiento (la aplicación del Derecho extranjero) porque sería una vulneración del derecho de acceso a la justicia. Sin embargo, es probable que la parte pueda conseguir resolver su pretensión conforme al Derecho extranjero reclamado si acude a los Tribunales del Derecho reclamado (79). En este caso, la solución óptima es una cuestión de coste y la desestimación es la forma de asegurar que la decisión dictada por aquellos Tribunales pueda ser reconocida en España. ¿Sería tolerable por el art. 24.1 CE que la parte prefiriera (asumir el coste de) la solución óptima (aplicación del Derecho designado por la norma de conflicto) en vez de otra solución tolerable por nuestro ordenamiento (aplicación de la *lex fori*)? (80).

Respecto a las obligaciones del juez la pregunta es si tiene relevancia para el art. 24 CE el hecho de que propuesta por la parte la *lex fori* como solución de reemplazo el juez ignore esta proposición. Cualquiera que sea la respuesta no parece desproporcionado esperar que si el juez se separa de lo propuesto por la parte motivara mínimamente este punto de la decisión. En cualquier caso: si la otra parte permanece en rebeldía (caso de la Sentencia del TC), si las dos proponen como solución de reemplazo la *lex fori*, si una la propone y la otra se opone y, especialmente, si las dos hacen propuestas distintas.

(79) Probable pero no seguro pues si el supuesto sigue siendo una situación privada internacional nada asegura que la norma de conflicto del ordenamiento reclamado determinara la aplicación de su *lex fori*. Repárese en que de no ser así la situación sería aún más complicada ante nuestros Tribunales, pues estaríamos ante un caso de reenvío.

(80) Respecto a las soluciones de reemplazo de corte conflictual la cuestión se presenta en similares términos: ¿puede la parte solicitar la aplicación de un Derecho próximo o de un Derecho designado por un segundo punto de conexión de la norma de conflicto?. Pero este caso parece bastante improbable pues obligaría a la parte a una doble actividad probatoria. De no asumir esta segunda carga de la prueba la parte se arriesgaría a que se le aplicara la *lex fori* o a la desestimación (*vid. infra*).

IV. CONCLUSIONES

1º) La prueba del Derecho extranjero se plantea tradicionalmente como una cuestión propia del sector del Derecho aplicable. Se propone reubicar el problema como cuestión de Derecho procesal internacional. Como tal, la prueba del Derecho extranjero está animada por el art. 24 CE. Las normas sobre la prueba sirven a la consecución de los derechos protegidos en esa disposición y la falta de prueba o prueba insuficiente es una situación de crisis procesal que debe resolverse en este contexto.

2º) El art. 24 CE impone una obligación de resultado: ofrecer una decisión sobre el fondo que ponga fin al proceso. Esta es la regla general. Cabe excepcionar esta regla por causa legalmente establecida pero no es el caso de la ausencia de prueba o prueba insuficiente del Derecho extranjero. Por tanto, ante una situación de crisis procesal por falta de prueba del Derecho extranjero el problema desde el punto de vista del art. 24 CE es la solución de reemplazo. Este es el problema central y a él se asocian otros.

3º) La desestimación de la demanda como solución de reemplazo ha parecido constitucionalmente sospechosa a parte de la doctrina. En nuestra opinión, cuando la desestimación provoca *de facto* una situación claudicante vulnera no ya el derecho a una resolución sobre el fondo, sino el derecho lógicamente previo de acceso a la justicia y traslada el problema al sector de la competencia judicial internacional.

4º) Las soluciones de reemplazo de corte conflictual como la aplicación de un Derecho próximo o del Derecho designado por otro punto de conexión de la misma norma de conflicto tienen su principal valor en que buscan la solución en el propio método de atribución. Desde esta punto de vista son las más adecuadas para un problema propio del método de atribución; por ejemplo, si una conexión es impracticable. Si subsumimos la prueba del Derecho extranjero en el Derecho procesal y no en el sector del Derecho aplicable esta explicación no da un mayor valor a la solución. Por el contrario, desde el Derecho procesal se exige una solución "procesal", esto es, en la que el valor de la solución está en función de que permita continuar el proceso. Como solución "procesal" las propuestas de corte conflictual no son soluciones de reemplazo en sentido estricto por cuanto no hacen avanzar el proceso sino que vuelven a abrir el problema dejando abierta la posibilidad de que se reproduzca la crisis probatoria.

5º) La aplicación de la *lex fori* como solución de reemplazo no tiene defensa desde una "perspectiva conflictual" pero si se observa desde

una "perspectiva procesal" es la propuesta que mejor cumple lo que se espera de una solución de reemplazo: cierra la crisis procesal y permite continuar el proceso sirviendo a la tutela judicial efectiva y al derecho al proceso debido por encima de otras consideraciones.

6º) Además de la obligación de generar una solución de reemplazo, el art. 24 CE determina unas obligaciones de comportamiento para el juez frente a la prueba del Derecho extranjero. Por coherencia con el art. 24 CE el juez tiene, al menos, la obligación de facilitar la práctica de la prueba por la parte. No facilitar es dificultar la prueba y es contrario al art. 24 CE. También es por coherencia con el art. 24 CE que el juez debe valorar la prueba del Derecho extranjero de forma proporcionada y razonable. La prueba que se exige del Derecho extranjero es semiplena. Otra interpretación podría ser contraria al art. 24 CE.

7º) Más allá de estas obligaciones (solución de reemplazo, comportamiento respecto a la práctica de la prueba por la parte y a la valoración) y en función de la solución de reemplazo escogida, el derecho a una decisión sobre el fondo ajustada al sistema de fuentes puede obligar al juez a asumir la información del Derecho extranjero si opta por la desestimación de la demanda o por una solución de reemplazo de corte conflictual. Si opta por el recurso a la *lex fori*, esto dependerá de la interpretación que demos a la regla de interpretación más favorable al derecho: si se entiende que según esta regla hay una obligación de proteger el óptimo del derecho (la decisión "más" ajustada al sistema de fuentes-óptimo de la norma de conflicto-aplicación del Derecho extranjero) o una obligación de proteger el derecho (una decisión sobre el fondo ajustada al sistema de fuentes-autointegración del sistema-aplicación de la *lex fori*).

8º) La diligencia demostrada por la parte en la prueba del Derecho extranjero y su elección de la solución de reemplazo parecen más relevantes en términos de legalidad ordinaria que constitucional. Del art. 24 deriva la obligación de proporcionar una solución de reemplazo y las de comportamiento respecto a la práctica de la prueba por la parte y la valoración de la prueba y no quedan afectados por la actuación procesal de la parte o el hecho de que el objeto del litigio sea de libre disposición (o se encuentre en los otros casos a los que la doctrina no asigna un deber de información al juez). Pero tampoco parece que deba influir en la posible obligación del juez de información del Derecho extranjero pues ésta se justifica en función de la necesidad de solución de reemplazo, necesidad que es independiente de la actuación procesal de la parte.

9º) El art. 281.2 de la nueva LEC favorece una interpretación más acorde (o simplemente acorde) con lo que, en nuestra opinión, impone el art. 24.1 y 2 CE. Primero, porque disocia la prueba del Derecho extranjero de la alegación y la traslada de un "contexto conflictual" (art. 12 Cc) a un contexto netamente procesal. Y segundo, porque acoge una redacción lo suficientemente diferente del art. 12.6.II Cc como para superar el tradicional punto de partida e interpretar que la prueba del Derecho extranjero no es un interés de la parte o las partes sino del proceso. Desde luego lo que no resuelve es el principal problema que, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, abre la prueba del Derecho extranjero: la solución de reemplazo. En este contexto, parece tímida la Sentencia TC 10/2000: no dice nada de la solución de reemplazo ni, en concreto, de la aplicación de la *lex fori* a tal fin y lo que dice respecto a la obligación del juez respecto a la información del Derecho extranjero podría ser relevante respecto del art. 12.6.II Cc pero en breve puede quedar fácilmente superado por una interpretación del art. 281.2 LEC mínimamente acorde con el art. 24 CE por los Tribunales ordinarios.

